DIRITTO INTERNAZIONALE
PRIVATO

L'AUTORITÀ

E

L'APPLICAZIONE DELLE LEGGI

STRANIERE

SECONDO

IL DIRITTO INTERNAZIONALE

I. Leggi Civili. — II. Leggi Commerciali.
III. Leggi Giudiziarie e di Procedura. — IV. Leggi Penali.

VOLUME SECONDO

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE
28 — CORSO RAFFAELLO — 28
1904

DIRITTO
INTERNAZIONALE PRIVATO

O

PRINCIPII PER RISOLVERE I CONFLITTI

TRA LE LEGGI

CIVILI — COMMERCIALI — GIUDIZIARIE — PENALI

DI STATI DIVERSI

PER

PASQUALE FIORE

Professore Ordinario di Diritto internazionale

già Professore Ordinario di Diritto privato comparato della Regia Università di Napoli

Membro dell'Istituto di Diritto internazionale.

QUARTA EDIZIONE

LEGGI CIVILI

VOLUME II.

TORINO

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE

28 — CORSO RAFFAELLO — 28

1904

LIBRO SECONDO

DEI DIRITTI CHE DERIVANO DAI RAPPORTI DI FAMIGLIA

509. Generalità. — **510.** Ordine della trattazione.

509. I rapporti di famiglia sono la conseguenza dello stato di famiglia, che viene ad essere stabilito col matrimonio, mediante il quale la famiglia è costituita, ed è attribuito all'uomo lo stato di marito, alla donna ad esso unita, quello di moglie, ed alle persone, che da tale unione nascono, lo stato di figli legittimi.

Il matrimonio secondo il diritto filosofico è una società permanente tra due persone di sesso differente, con lo scopo d'imprimere alla loro unione sessuale, ed alle conseguenze che naturalmente ne debbono nascere, il carattere della moralità. Cotesta società però non costituisce il matrimonio secondo il diritto positivo se non quando essa abbia tutti i requisiti richiesti dalla legge, e adempia a tutte le condizioni, alle quali essa ne abbia subordinata l'esistenza e la validità. Lo stato di famiglia quindi, e i rapporti giuridici che da esso derivano, trovano la loro base fondamentale sul matrimonio celebrato secondo la legge positiva, alla quale deve essere attribuita altresì l'autorità a riguardo dei diritti e delle obbligazioni giuridiche, che da tale stato derivano, o che possono essere la conseguenza dello stato medesimo e rispetto ai coniugi, e rispetto ai figli, che possono nascere da essi, e rispetto ai terzi, anche avuto riguardo al patrimonio familiare.

Noi dicemmo in generale quale, a nostro avviso, dovrebbe essere la legge, a cui sarebbe da attribuirsi l'autorità di regolare la costituzione della famiglia, e i diritti e le obbligazioni giuridiche delle persone

che ad essa appartengono, nei loro rapporti personali e nei loro rapporti col patrimonio familiare, e cercammo di dimostrare come il sistema più razionale fosse quello che ammette, che la competenza legislativa debba essere attribuita allo Stato di cui la persona, che si voglia unire in matrimonio, sia cittadino, e a quella del marito quando il matrimonio sia costituito, per tutto quello però, che mira a provvedere principalmente alla tutela degli interessi privati dei membri della famiglia: che la competenza legislativa debba essere inoltre attribuita alla legge territoriale, in quello che essa regola la costituzione e i rapporti di famiglia avuto riguardo agl'interessi sociali e all'ordine pubblico dello Stato. Da ciò noi arrivammo a concludere, che la legge di ciascuno Stato deve avere autorità quanto al regolare i matrimoni celebrati dai cittadini all'estero, ma che essa non può essere applicata in un paese straniero, ogni qualvolta che codesta applicazione importi offesa ad una legge territoriale di diritto pubblico, o d'ordine pubblico, o deroghi ad essa. Dicemmo, come altri opinino, che la competenza legislativa in questa materia debba essere attribuita alla legge del domicilio delle persone, lo che è la giusta conseguenza del principio da essi accettato, che cioè la legge regolatrice dello stato e della capacità delle persone debba essere quella del loro domicilio.

510. In questo Libro non dobbiamo al certo rivenire su cotesta quistione, ma esaminare soltanto come la legge regolatrice della famiglia e dei rapporti, che da essa derivano, debba essere applicata. Come è naturale noi ci riferiremo sempre al sistema da noi accettato, indicheremo però sovente la legge alla quale deve essere attribuita autorità denominandola *legge personale*, così i principii che noi esporremo, a riguardo dell'applicazione della legge, potranno valere sì nell'uno che nell'altro sistema. Sia infatti la legge dello Stato o quella del domicilio quella che debba avere autorità a riguardo dello stato delle persone, e dei rapporti giuridici che da tale stato derivano, è chiaro, che le conseguenze, quando si tratti di applicarla, debbono essere in molti casi le medesime.

Noi discorreremo innanzi tutto del matrimonio in sè stesso considerato, esaminando i requisiti che esso deve avere per potere essere reputato un matrimonio secondo il diritto positivo, ed espor-

remo quindi quello che concerne le formalità e le solennità richieste per la sua celebrazione; la prova dell'avvenuta celebrazione; le cause di nullità e le azioni che possono essere esercitate utilmente per far dichiarare il matrimonio inesistente o nullo.

Esamineremo poi quali siano i diritti e i doveri che nascono dal matrimonio giuridicamente celebrato e tra i coniugi e a riguardo della prole e a riguardo dei parenti. Discuteremo come in certi casi il matrimonio possa essere sciolto mediante il divorzio, e come possa essere sciolta soltanto l'unione permanente dei coniugi mercè la separazione personale, e diremo delle conseguenze che derivano dall'un caso e dall'altro. Passeremo poi a trattare della filiazione e diremo innanzi tutto come lo stato di filiazione legittima possa essere costituito di pieno diritto o *ope legis*, e come ne possa essere data la prova. Siccome poi il rapporto di filiazione può derivare in certi casi dalla unione sessuale che non abbia il carattere del matrimonio, discorreremo della prole non legittima. Da ultimo diremo dei rapporti di filiazione che si possono stabilire mercè l'adozione.

CAPITOLO I.

Delle condizioni richieste per celebrare giuridicamente il matrimonio.

511. Tutte le condizioni richieste secondo il diritto positivo per celebrare il matrimonio concernono in generale:

1° la capacità delle parti che vogliono unirsi in matrimonio;

2° il consenso reciprocamente da esse prestato di volersi rispettivamente prendere per marito e moglie dinanzi all'autorità competente a riceverlo;

3° i requisiti intrinseci obiettivi e subiettivi richiesti secondo la natura delle cose, affinchè il connubio corrisponda al suo proprio fine;

4° le forme con cui il matrimonio deve essere celebrato.

Ciascuna legge provvede a determinare tali condizioni e a fissare in particolare quali di esse debbano reputarsi essenziali all'esistenza giuridica del matrimonio; quali necessarie alla sua validità; e quali richieste soltanto per la sua regolare celebrazione. Ciascuna legge determina inoltre le conseguenze giuridiche, che possono derivare dalla mancanza dell'una o dell'altra delle condizioni da essa richieste, sancendo norme sicure per decidere se il matrimonio debba reputarsi inesistente, o nullo, o soltanto annullabile sotto certe determinate condizioni, o se la irregolarità, producendo pure certe conseguenze, non possa in alcun modo influire sulla validità dell'atto.

Prima di esporre quale sia la legge, dalla quale in ciascun caso le condizioni devono essere governate, reputiamo opportuno di notare, come dalla natura stessa delle cose sorga in generale la necessità di conciliare il diritto della famiglia, che sotto un certo rispetto deve rimanere dovunque soggetto all'autorità della legge personale, con la

famiglia in sè stessa considerata come istituzione sociale, rispetto alla quale ciascuna sovranità deve mantenere integri i principii da essa sanciti a riguardo dell'organizzazione della stessa con l'intendimento di tutelare il diritto sociale e l'ordine pubblico all'interno dello Stato. Bisogna quindi ammettere, che a riguardo delle condizioni stesse richieste per la costituzione della famiglia si debba riconoscere contemporaneamente l'autorità della legge personale, e (per quello poi che concerne certe regole fondamentali e caratteristiche di questa istituzione che interessano direttamente il diritto sociale) l'autorità della legge territoriale. Tutta la difficoltà quindi consiste nel determinare esattamente i limiti della cerchia giuridica entro i quali l'una o l'altra legge debba avere autorità.

512. Cade inoltre qui in acconcio di considerare come, quantunque il matrimonio sia un rapporto personale, che ha vita in conseguenza del reciproco consenso, ciò non pertanto non possa essere confuso con gli altri atti civili. L'unione personale può per altro dar luogo ad una convenzione *sui generis*, a quella cioè che è denominata promessa di matrimonio. Noi abbiamo detto *sui generis*, perchè essa pure non può essere assimilata ad un contratto ordinario.

La promessa di matrimonio è infatti considerata in principio senza valore giuridico obbligatorio a riguardo del matrimonio da celebrarsi, perchè se lo avesse, ne seguirebbe l'attentato diretto alla libertà del matrimonio, e quindi l'offesa all'ordine pubblico. Essa può però avere un valore giuridico, così come ogni fatto dell'uomo, da cui derivi danno ad altri, e che importi l'obbligazione giuridica, rispetto a quello per colpa del quale tale danno sia avvenuto, di risarcirlo. Sotto tale punto di vista la promessa di matrimonio deve ritenersi soggetta alle regole stesse, a cui sono soggette le obbligazioni personali derivanti dal fatto lecito o illecito dell'uomo, e conseguentemente bisognerà tener presente la legge che sia in vigore nel paese, ove tale promessa sia avvenuta, onde decidere a riguardo del rifacimento del danno, che della inesecuzione di questa può essere la conseguenza. Non può essere il caso di applicare alla promessa di matrimonio le stesse regole, che al matrimonio si applicano, e d'assoggettarla alla legge personale di colui che l'abbia fatta, a meno che essa non sia stata fatta

ad una persona, cittadino della stessa patria del promittente, nella quale ipotesi, l'obbligazione giuridica, rispetto ad entrambi, dovrebbe ritenersi governata dalla legge della loro patria comune. Fuori di questa circostanza bisognerebbe piuttosto riferirsi alla legge del paese, ove la promessa avesse avuto luogo, onde decidere a norma di essa, se ne potesse derivare in caso di inesecuzione un'azione per danni ed interessi, e determinare l'estensione del rifacimento del danno (1).

518. Noi dobbiamo limitarci ad esporre le condizioni, le quali sono richieste secondo ciascuna legge, affinchè il matrimonio possa sussistere come atto giuridico della vita civile, da cui deriva la costituzione della famiglia, ed a determinare quali di esse debbano reputarsi essenziali alla sua esistenza giuridica; quali debbano reputarsi necessarie affinchè l'atto abbia tutti i requisiti per la sua validità; quali siano richieste per la regolarità dell'atto, e le quali, se non adempiute, possano in certi casi far sì che il matrimonio sia annullato, in altri motivare soltanto certe conseguenze onerose a riguardo di coloro, che si siano coniugati contravvenendo alle disposizioni della legge.

Tale distinzione è indispensabile onde decidere quando il matrimonio debba reputarsi inesistente, quando si debba reputare affetto da nullità sostanziale, quando possa essere essere soltanto invalidato, quando possa dar luogo all'applicazione di certe disposizioni penali, in conseguenza della non osservanza di un comando o di un divieto della legge.

Noi esamineremo ciascuna delle condizioni nelle quattro categorie, nelle quali le abbiamo distinte, in separati paragrafi.

---

(1) A norma del Codice civile italiano quando la promessa di matrimonio sia stata fatta per atto pubblico o per iscrittura privata da chi sia maggiore di età, o dal minore autorizzato dalle persone, il concorso delle quali è necessario per la celebrazione del matrimonio, oppure consti dalle pubblicazioni ordinate dall'uffiziale dello stato civile, il promittente, che ricusasse senza giusto motivo di eseguirla, sarebbe obbligato a risarcire soltanto l'altra parte delle spese fatte per causa del promesso matrimonio.

Confr. per la Francia: Aix, 21 mai 1874; Caen, 24 avril 1850, Dalloz, 1855, 2, 177. — Rouen, 24 février 1865, Sirey, 1865, 2, 5. — Caen, 10 juillet 1862, Dalloz, 1862, 2, 129. — Codice austriaco, art. 1328. — Per la Germania: Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, § 489, nota 3.

§ 1°

Della capacità delle parti.

514. Della capacità per contrarre matrimonio. — 515. Principii prevalsi in Inghilterra e in America circa la legge che deve regolarla. — 516. Opinione nostra. — 517. La capacità della donna maritata a rimaritarsi dev'essere retta dalla legge personale del marito. — 518. Applicazione del principio al caso di una donna divorziata. — 519. Al caso della vedova. — 520. Della condizione giuridica dei protetti in Oriente.

514. L'uomo e la donna, che intendono d'unirsi in matrimonio, devono essere innanzi tutto capaci, e perchè siano tali è richiesto che essi siano in primo luogo persone nel senso giuridico della parola, e di sesso differente. Deve inoltre ciascuna di esse avere la capacità giuridica richiesta per tale atto, vale a dire, che oltre la capacità generale, deve possedere la capacità speciale richiesta per coniugarsi. Tale capacità dev'essere retta in principio dalla legge personale di ciascuna di esse.

E qui cade in acconcio di notare, che, quantunque la donna acquisti col matrimonio la cittadinanza e il domicilio del marito, pur nondimeno della capacità di lei ad unirsi in matrimonio si deve decidere e giudicare a norma della sua legge personale, e non già di quella che diventa legge regolatrice della famiglia, e che deve regolare quindi la capacità stessa della donna, quando si sia maritata, perchè in verità la donna non perde la propria cittadinanza e il proprio domicilio, che in conseguenza del matrimonio; per lo che a riguardo della sua capacità a celebrarlo essa deve rimanere soggetta alla propria legge personale. Questo principio dovrà essere applicato anche rispetto all'età richiesta per essa onde coniugarsi.

515. Cotesta teoria non è contradetta in principio dagli scrittori (1),

---

(1) DURANTON, l. I, tit. v, n[i] 232, 233; SAVIGNY, *Trattato del Diritto romano*, vol. VIII, § 379: ROCCO, parte 3ª, cap. XVIII; ZACCARIA, § 469; DEMOLOMBE, n[i] 217, 232, 234 (Du mariage). — ASSER, *Droit inter. privé*, § 47; BROCRER, *Cours du dr. int. privé*, tom. I, § 89; WHARTON, *On the*

quelli soltanto eccettuati, i quali opinano, che il matrimonio debba essere soggetto in tutto alle leggi del luogo, in cui sia celebrato, e non soltanto per le solennità, ma anche per quello che riguarda la capacità delle parti. Così la pensa tra gli altri Meyer (1). Ognuno comprende facilmente come accettandola sarebbe facile eludere la legge personale, che dichiari uno incapace di coniugarsi, trasferendosi all'estero, ove tale divieto non esistesse onde celebrarvi senza ostacoli il matrimonio.

In Inghilterra ed in America venne ammessa veramente la stessa teoria, essendochè in tali Stati fosse considerato valido il matrimonio di colui, che era capace di celebrarlo secondo la legge nei medesimi vigente, ed anche quando le parti vi si fossero recate espressamente per eludere le leggi della loro patria, e non avessero in codesti Stati un domicilio *bona fide.*

Story fra gli altri è stato uno dei sostenitori di questa teorica (2). Per decidere, egli dice, se un matrimonio celebrato tra due persone *sui juris* all'estero debba essere reputato valido in Inghilterra, bisogna esaminare, se tale unione sia regolare secondo la legge del paese, ove essa ebbe luogo. Qualora essa fosse regolare secondo la legge del paese straniero, dovrebbe essere tale egualmente in Inghilterra, e, se non avesse ivi alcun valore, non dovrebbe averlo in Inghilterra (3). Accettando cotesta teoria i tribunali inglesi e quelli americani aveano deciso, che la legge del luogo, ove il matrimonio era stato celebrato, dovea essere applicata esclusivamente anche per determinare la capacità dei contraenti (4). Tali decisioni non si potevano in verità giustificare coi

---

conflict of Laws, chap. IV, §§ 132 e seg.; LAURENT, *Droit civil intern.*, t. IV, § 287; CALVO, *Le droit international*, 4me édition, *Droit int. privé*, §§ 750 e seg.; PRADIER-FODÉRÉ, *Droit int.*, tom. III, §§ 1717 e seguenti.

(1) *De conflictu legum*, pag. 24.

(2) STORY, *Conflict of Laws*, § 79 e § 123*a*; vedi pure CALVO, *Droit intern.* t. II, §§ 784 e seguenti.

(3) Vedi per altro come la teoria di Story fu spiegata dal Lord Cronworth nella causa *Bacon Brook* c. *Brook*. LAWRENCE, *Comment. sur le droit intern.*, t. 3, parte 2a, chap. 2, p. 344.

(4) Vedi pel matrimonio negli Stati Uniti d'America l'importante articolo di WHARTON nel *Journ. du droit intern. privé*, 1879, pag. 229.

principii del diritto internazionale; tanto meno potevano essere giustificate con gli stessi, in quanto che quei medesimi tribunali aveano poi applicata la legge inglese onde decidere della validità o invalidità in Inghilterra dei matrimonii celebrati dagli inglesi all'estero, o nelle altre parti del Regno Unito della Gran Bretagna. Da ciò derivò l'inconveniente gravissimo, che i matrimonii celebrati dagli inglesi in Scozia, in conformità della legge ivi vigente, fossero reputati validi in tale paese e non validi in Inghilterra (1).

Così accadde ad esempio, che un matrimonio celebrato in Scozia, dopo avervi fatto pronunciare il divorzio di un matrimonio originariamente celebrato in Inghilterra da cittadini inglesi, fosse reputato valido in quel paese e nullo in questo, mentre in questo stesso vigeva la legge che dichiarava l'inglese incapace a coniugarsi vivendo il coniuge, se non fosse stato prima pronunciato il divorzio con statuto del Parlamento. Ne seguiva quindi, che i figli nati dal secondo matrimonio fossero reputati legittimi in Scozia e non legittimi in Inghilterra. Lo stesso accade tuttora a riguardo dei matrimonii celebrati tra cognati, che sono reputati validi in parecchie colonie inglesi, e principalmente nella Nuova Zelanda e in tutta l'Australia, e non validi rispetto all'Inghilterra; talmente che i figli nati da inglesi cognati, uniti in matrimonio nelle colonie, sono reputati bastardi in Inghilterra, e come tali incapaci a succedere.

Dobbiamo peraltro notare, che l'antica teoria è stata più recentemente modificata dalla giurisprudenza, ammettendo che la questione di capacità debba essere risoluta in materia di matrimonio in conformità della legge personale, e non già di quella del paese in cui il matrimonio sia stato celebrato. Tale principio fu stabilito nella causa Sottomayor c. Barros (2). La Corte d'appello, riformando infatti la sentenza pronunciata in prima istanza, la quale, attenendosi alla *lex locis contractus*, avea ritenuto valido il matrimonio celebrato da una

---

(1) Story, § 117, e Lawrence, *Comm. sur le droit intern.*, t. III, parte 2ª, chap. II, pag. 344.

(2) *Court of Probate*, 20 luglio e 12 novembre 1877, 37 L. T., *Rép.*, pag. 415, citato nel *Journ. du dr. int. privé*, di Clunet, 1878, pag. 49.

portoghese in Inghilterra in conformità della legge inglese, decise invece, che la questione di capacità dovea essere regolata dalla legge personale. Essa applicò la legge del domicilio, cioè la legge portoghese trattandosi di uno domiciliato nel Portogallo, perchè in Inghilterra prevale la teoria, che la capacità delle parti deve dipendere dalla legge del domicilio. Ciò che è importante a notarsi si è, che la Corte escluse l'applicazione della legge inglese, secondo la quale il matrimonio del portoghese sarebbe stato valido, e lo dichiarò invece nullo, perchè ritenne che le incapacità personali a riguardo del matrimonio accompagnano la persona dovunque il matrimonio sia celebrato (1). Tale decisione modifica sostanzialmente la giurisprudenza anteriore, e conferma il principio di diritto internazionale privato generalmente ammesso, che, cioè le capacità o incapacità personali in materia di matrimonio devono essere governate dallo statuto personale, e non già da quello del paese ove il matrimonio sia celebrato.

516. Noi possiamo concedere soltanto che la legge personale, in quello che regola la capacità a coniugarsi, non possa essere applicata in un paese, ogni qualvolta che la sua applicazione importi offesa al diritto pubblico interno e ad una legge di ordine pubblico. Così dovrebbe dirsi, ad esempio, nell'ipotesi della legge di uno Stato estero che ammettesse tuttora la morte civile, e dichiarasse il coniuge del morto civilmente capace di riconiugarsi, questi essendo sempre in vita. È chiaro, che l'applicare tale legge, a fine di ritenere capace di celebrare il matrimonio il coniuge di un condannato alla morte civile, importerebbe offesa al diritto pubblico territoriale di uno Stato, che non ammettesse l'istituto anormale della morte civile. Lo stesso dovrebbe dirsi nell'ipotesi dell'uomo dichiarato capace a sposare la seconda o la terza moglie (vivendo la prima) a norma della legge personale di lui, che

(1) La Corte discusse in quella circostanza la dottrina di Story e sopra tutto quella da esso sostenuta nei §§ 111, 113, 116 e seg., e ritenne che bisognava intenderla come era stata spiegata dai lords Cranworth e Wensley nella causa Brooh c. Brook, vale a dire che il matrimonio tra stranieri, valido secondo la legge inglese, potesse essere considerato valido, quando non dovesse essere considerato incestuoso secondo la legge del domicilio.

ammettesse la poligamia. Non potrebbe essere concesso a tale straniero di invocare la sua legge personale onde farsi reputare capace a togliere in moglie un'italiana o una francese in Italia o in Francia, o in qualunque paese, la legge del quale inibisse la bigamia.

Noi reputiamo parimente, che l'incapacità derivante secondo certe leggi per le persone bianche di unirsi in matrimonio con le persone colorate non possa essere un motivo per ritenere codeste persone incapaci a coniugarsi in uno Stato, la di cui legge non riconoscesse la diversità delle razze, derivanti dalla diversità del colorito, come una ragione per stabilire una diversità di condizione giuridica tra le persone appartenenti all'una o all'altra di esse.

L'art. 4189 del Codice dell'Alabama del 1876 non solo inibisce il matrimonio tra una persona bianca ed una negra, ma commina la pena dei lavori forzati a coloro che essendo di diverso colore vivono come marito e moglie. Non si può al certo contestare, che la legge degli Stati dell'Unione americana possa regolare alla propria maniera il matrimonio come istituzione sociale, ed, a fine d'impedire la fusione delle razze, dichiarare le une incapaci di unirsi in matrimonio con le altre. Noi però riteniamo, che l'applicare cotesta legge in Italia o in Francia, onde far dichiarare un negro incapace di coniugarsi con una bianca, o viceversa, importerebbe offesa al diritto pubblico territoriale, che non ammette nessuna diversità di condizione giuridica fra le persone della specie umana, quantunque sia diverso il colorito di esse.

517. Dal principio da noi posto, che cioè la capacità a coniugarsi debba essere retta in massima dalla legge personale di ciascuno, si deve dedurre, che, siccome col matrimonio la legge personale del marito diventa legge regolatrice della famiglia, e della capacità della donna, la quale abbia acquistato col matrimonio la cittadinanza del marito di lei, così della capacità della donna maritata a rimaritarsi si deve decidere in conformità della legge personale del marito, e non già di quella che era la legge personale di lei, prima che essa si fosse unita in matrimonio.

518. Questo principio può avere la sua applicazione nell'ipotesi di una donna originariamente cittadina di uno Stato, la di cui legge vieti

il divorzio, e che sancisca una regola conforme a quella che è oggi sancita in Italia coll'art. 56 del Codice civile, il quale dispone, che non può contrarre altre nozze, chi è vincolato da un matrimonio precedente. Supposto che una donna di un paese, ove sia in vigore codesta legge, siasi unita in matrimonio con uno straniero di un paese la di cui legge permetta il divorzio, e questo sia stato pronunciato dal tribunale competente; qualora codesta donna divenuta libera in conseguenza dell'essere stata pronunciata la sentenza definitiva di divorzio, volesse rimaritarsi, non potrebbe essere reputata incapace a fare ciò, adducendo (se ad esempio essa fosse italiana) che il Codice civile italiano dispone coll'art. 148, che il matrimonio non si scioglie che con la morte di uno dei coniugi, e che coll'art. 56 dichiara incapace di contrarre altre nozze colui che sia vincolato da un matrimonio precedente.

Bisogna infatti considerare, che la donna italiana maritandosi ad uno straniero diventa straniera; che la legge personale di lei, a contare dal momento in cui il matrimonio sia stato celebrato, deve essere la legge estera regolatrice dei rapporti della famiglia straniera: che, sol perchè il legislatore italiano non ammette al presente il divorzio, non si potrebbe dichiarare in nome della legge italiana non avvenuta la dissoluzione del matrimonio, supposto che il matrimonio sia stato sciolto, e legalmente sciolto, secondo la legge cui i coniugi erano soggetti: che la donna divorziata avendo acquistato definitivamente la sua libertà, e dovendo essere reputata rispetto a tutti non coniugata, tale debba essere reputata anche nel nostro paese; per lo che, se essa domandasse di contrarre un nuovo matrimonio in Italia, non si potrebbe opporle l'incapacità contemplata dal citato art. 56, perchè non si potrebbe ritenere che essa fosse vincolata da un matrimonio precedente, mentre che abbiamo supposto che il divorzio sia stato pronunciato dal tribunale competente.

E qui cade in acconcio di notare, che siccome il filo del nostro ragionamento, a riguardo della capacità del divorziato a celebrare le nuove nozze, parte dal concetto che la sentenza di divorzio sia stata pronunciata da un tribunale competente, così bisognerà principalmente volgere la mente a questo, onde decidere la questione, se cioè un

coniuge divorziato debba o no essere reputato capace a contrarre altre nozze.

Considerando infatti che il nostro supposto è stato, che il matrimonio sia stato sciolto con la sentenza di divorzio, la giuridica e legale esistenza di questa, deve reputarsi condizione *sine qua non* per potere riguardare libero il coniuge divorziato. Non è questo il luogo, in cui debba essere discussa a fondo tale controversia ed esposto quando il divorzio possa essere legalmente pronunciato (1), ripetiamo non pertanto, che bisogna volgere la mente a questo per decidere circa la capacità del divorziato. Anche in un paese, ove a cagione dell'essere il divorzio riconosciuto dalla legge fosse ammesso in principio che il divorziato possedesse la capacità di contrarre altre nozze, per decidere poi in particolare se uno straniero divorziato potesse celebrare un nuovo matrimonio, bisognerebbe prestabilire, onde reputarlo capace, che il divorzio fosse stato pronunziato in conformità della legge che dovesse regolarlo, e dal tribunale competente.

Esamineremo in seguito se il riconoscére in ciò efficace una sentenza straniera e se il consentire al divorziato di celebrare un altro matrimonio, in un paese ove la legge vigente vieti il divorzio, possa reputarsi contro l'ordine pubblico.

519. Nella stessa maniera si dovrà risolvere la questione della capacità della vedova a contrarre un nuovo matrimonio, avuto riguardo al termine richiesto per poterlo contrarre. Tutto deve dipendere dalla legge regolatrice dei rapporti della famiglia.

Soltanto nell'ipotesi che la vedova avesse riacquistato la sua cittadinanza originaria dopo la morte del marito, dovrà esserle applicata la legge della sua patria.

520. Nell'applicare il principio da noi stabilito a riguardo della capacità, che cioè essa debba essere retta dalla legge personale, può sorgere una difficoltà rispetto a coloro che si trovano in Oriente, e che sono qualificati *Protetti*, ossia di coloro che godono il protettorato di uno degli Stati che ha Capitolazione col Governo Ottomano. Ve ne sono di tre categorie:

(1) Vedi appresso il Capitolo sul Divorzio.

a) Cittadini ottomani addetti al servizio dei Consolati e delle Legazioni (Dragomanni guardie) (1);

b) Stranieri appartenenti ad uno Stato che ivi non ha Rappresentanti nè Capitolazioni;

c) Membri di antiche famiglie armene, greche, israelite, ecc., le quali stabilite *ab antiquo* in Oriente ottennero il protettorato di una delle Rappresentanze europee.

I *Protetti* sono in una condizione eccezionale di estraterritorialità; sono infatti esenti dalla giurisdizione locale e soggetti alla giurisdizione consolare. Tale privilegio fondato sull'uso, e non regolato da speciali convenzioni (2), è personale e temporaneo per i *Protetti* della prima categoria; è esteso alla famiglia e trasmissibile ai discendenti per i *Protetti* della seconda categoria (dura per altro, finchè lo Stato di cui sono cittadini, non stabilisca un rappresentante presso il Governo Ottomano); è permanente e trasmissibile per i *Protetti* della terza categoria, che vanno diminuendo a mano a mano che si estinguono le famiglie.

È indubitato, che i *Protetti* della prima e seconda categoria non acquistano la cittadinanza dello Stato che li protegge, ma conservano quella originaria. Si potrebbe dubitare per quelli della terza categoria, dei quali non si conosce la cittadinanza originaria; ci sembra per altro, che essi debbano considerarsi come cittadini ottomani, tanto più perchè da una parte la Sublime Porta, mentre tollera la protezione, non cessa di considerarli come sudditi, e dall'altra gli Stati europei senza volere rinunziare al diritto di proteggerli non hanno mai preteso di considerarli come propri cittadini.

Dovendo ritenere che la condizione di cittadinanza dei *Protetti* non si possa considerare mutata a cagione del protettorato è naturale

---

(1) Le immunità, di cui godono le persone addette al servizio *effettivo* delle Legazioni e dei Consolati, valgono anche fuori del territorio ottomano, sempre che siano ivi per ragione di servizio. Non si estende alle persone addette al servizio particolare del ministro o del console.

(2) Non vi è alcuna Capitolazione che si occupi dei *Protetti;* evvi solo in tutte le Capitolazioni la proibizione di proteggere i sudditi ottomani, che non siano addetti al servizio dei Consolati o Legazioni. Il Regolamento del 1863 determina la condizione dei *Protetti* di prima categoria.

l'ammettere, che non solo le disposizioni che concernono la capacità a contrarre matrimonio, ma quelle altresì che si riferiscono a tutte le altre condizioni richieste a riguardo dei cittadini che vogliono unirsi in matrimonio all'estero debbono essere rette dalla legge della loro patria originaria, e non già da quella dello Stato che ad esse abbia concesso il protettorato (1).

I tribunali francesi hanno altresì applicato agli israeliti indigeni d'Algeri la legge mosaica per decidere della loro capacità a coniugarsi (2).

§ 2°

Del consenso per celebrare il matrimonio e dell'ufficiale pubblico competente a riceverlo.

521. Il consenso al matrimonio dev'essere retto dalla legge personale. — 522. Questa deve regolare le conseguenze del vizio del consenso e la esistenza giuridica del medesimo. — 523. — Del consenso dei genitori o di altre persone, e degli atti rispettosi richiesti secondo la legge. — 524. Ufficiale pubblico competente a ricevere il consenso durante l'occupazione militare o nei distretti consolari. — 525. Si discute la competenza degli agenti diplomatici. — 526. Giurisprudenza relativa. — 527. Dubbii che possono nascere nel caso di matrimonio celebrato dinanzi al ministro ecclesiastico. — 528. Si esamina il caso che la legge personale consideri sostanziale il rito religioso. — 529. Si esamina il caso che non si sia osservata la *lex loci actus* quanto al rito religioso. — 530. Di due stranieri della stessa patria che avessero celebrato il matrimonio dinanzi al ministro ecclesiastico in conformità della loro legge nazionale in un paese ove il ministro ecclesiastico non era a ciò competente. — 531. Si esamina il caso che secondo la legge personale fossero attribuiti gli effetti civili al matrimonio celebrato all'estero dinanzi al ministro ecclesiastico.

521. È cosa essenziale per l'esistenza del matrimonio secondo le leggi di tutti i paesi, che coloro, che vogliono contrarlo, acconsentano

(1) Vedi in senso conforme Cass. di Torino, 29 novembre 1866, *Annali di giurisprudenza*, 1866, 1, 200; Cass. fr., 18 avril 1865, Dalloz, 1865, pag. 348.

(2) Confr. Alger, 19 mars 1866 (Sportes), *Jour. du Pal.*, 1867, pag. 813; Alger, 19 janvier 1869 (Aboulker), *Jour. du Pal.*, 1869, pag. 1121. Dopo il

a ciò rispettivamente. Secondo i principii generali del diritto deve quindi ammettersi, che, quando due persone non abbiano reciprocamente consentito ad unirsi in matrimonio, questo non possa ritenersi esistente. Siccome poi secondo il diritto positivo il consenso dev'essere giuridicamente prestato, e siccome ciascuna persona deve rimanere soggetta alla propria legge per tutto quello che concerne la prestazione giuridica del consenso da parte sua, così bisogna ammettere anche a riguardo di ciò l'impero della legge personale, e si dovrà determinare a norma di questa, quali sieno i requisiti che deve avere il consenso onde essere riguardato come consenso giuridico al matrimonio, e quali possono essere i motivi per dedurre il difetto del consenso o la mancanza di esso.

522. Dovrà parimente riconoscersi la competenza della legge personale per determinare le conseguenze giuridiche del difetto o della mancanza di consenso, anche per quello che concerne i termini entro i quali possa utilmente esercitarsi l'azione di nullità, e per decidere altresì se la dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente per marito e moglie possa essere efficace se fosse sottoposta a termine o a condizione; se debba essere prestato personalmente dalla parte, o se lo possa prestare un procuratore di lei debitamente autorizzato con un mandato speciale e via dicendo.

La *lex loci actus* può avere autorità soltanto per quello, che concerne la forma della dichiarazione fatta dalla parte; la persona competente a ricevere il consenso espresso nel momento in cui le parti lo prestano per celebrare il matrimonio: la compilazione dell'atto idoneo a constatare l'espressione del consenso: la prova del consenso manifestato. Così, ad esempio, se secondo la *lex loci actus* non venisse assolutamente richiesto, che il consenso dovesse essere espresso a viva voce, ma fosse reputato sufficiente che esso fosse manifestato con mezzi non equivoci, i quali non lasciassero nessun dubbio sulla adesione delle parti di volersi rispettivamente prendere per marito

---

Decreto del 24 ottobre 1870 gl'israeliti d'Algeri sono retti dal diritto comune francese. Si applica però la legge mosaica agl'israeliti stranieri e agl'indigeni coniugati prima del 1870.

e moglie, la dichiarazione così fatta dovrebbe pure ritenersi come espressione giuridica del consenso.

Dovrà invece applicarsi la legge personale ogni qualvolta la controversia cada non già sulla forma della manifestazione del consenso, ma bensì sulla sua esistenza giuridica, vale a dire quando si tratti di stabilire, se esso abbia tutti i requisiti richiesti secondo la legge onde ravvisare nel medesimo il consenso al matrimonio. Così, ad esempio, per decidere se colui, contro il quale sia stata promossa l'istanza d'interdizione, possa prestare il consenso al matrimonio; se la persona rapita possa efficacemente prestare il consenso ed in quali circostanze; se il consenso debba ritenersi viziato dalla violenza morale; se debba essere tale a cagione dell'errore sulle qualità fisiche, morali, sociali dell'altro coniuge, e via dicendo.

523. Secondo certe leggi le persone, che non abbiano raggiunta una determinata età, non possono acconsentire senza essere assistite da quelle a cui debbono rimanere soggette, vale a dire dal padre o dalla madre, dall'avo o dal tutore, o dal consiglio di famiglia o da altri. Il consenso di tali persone può essere richiesto a fine d'integrare quello prestato dalla persona stessa, che vuole coniugarsi. Tale è il caso del consenso, che dev'essere prestato dai genitori o da uno di essi nel momento stesso in cui il figlio celebra il matrimonio. Altra volta invece può essere richiesto sotto la forma di semplice consiglio ed in conseguenza dei rapporti di patria podestà. Tale è il caso della disposizione dell'art. 151 del Codice francese, che concerne l'atto rispettoso da parte del figlio, che voglia celebrare il matrimonio dopo che abbia raggiunta l'età maggiore, relativa a questo atto, fissata dalla legge.

Ad ogni modo si dovrà tener conto della legge personale, onde decidere quale sia la natura del consenso, che dev'essere prestato dai genitori, o dagli ascendenti o dagli altri, e quali sieno le conseguenze derivanti dalla mancanza di tale consenso da parte di essi: e così pure dovrà dirsi della necessità degli atti rispettosi richiesti secondo certe leggi.

In conseguenza di tali principii si deve ammettere, che gli stranieri, i quali, ad esempio, si devono unire in matrimonio in Francia, ove, secondo la legge, è imposto di domandare il consiglio dei geni-

tori per celebrarlo, non possono essere a ciò tenuti, quando la formalità dell'atto rispettoso non sia richiesta a secondo della legge personale, come non lo è, ad esempio, a norma della legge italiana. Nè sarebbe il caso di addurre in Francia che la disposizione dell'art. 151 dovesse essere riguardata come una legge di polizia, e come tale obbligatoria anche per gli stranieri, imperocchè quella disposizione, così come tutte le altre che concernono lo stato personale e i rapporti di famiglia, siano obbligatori, a riguardo dei cittadini soltanto, e non già degli stranieri.

524. Il consenso al matrimonio dev'essere prestato dagli sposi dinanzi all'autorità competente a riceverlo, e dev'essere tenuto conto della legge territoriale affine di determinare quale sia l'ufficiale pubblico a ciò competente. Intorno a questo non vi può essere nessun dubbio, essendochè non si possa al certo contestare, che debba essere attribuito alla sovranità territoriale il potere esclusivo di fissare le giurisdizioni e di determinare le competenze su tutto il territorio soggetto al suo impero.

Dalle quali cose ne consegue, che bisogna pure ammettere che, siccome quella parte di territorio di uno Stato occupato militarmente da un esercito straniero dev'essere considerata, fino a tanto che duri l'occupazione militare, come territorio dello Stato in nome del quale l'occupazione sia stata attuata, così dev'essere riconosciuta l'autorità medesima dello Stato occupante, anche in quello che essa attribuisce competenza all'autorità militare per celebrare i matrimoni durante l'occupazione. A tali matrimoni si dovranno quindi applicare le regole sancite dal sovrano, cui appartiene l'esercito occupante, nella stessa guisa che le leggi da codesto sovrano promulgate devono essere applicate su tutto il territorio soggetto al suo impero.

I distretti consolari stabiliti in quei paesi, nei quali, in virtù delle Capitolazioni esistenti, è ammesso per finzione giuridica il privilegio della loro estraterritorialità a riguardo dei cittadini, ed è attribuita ai consoli stranieri la facoltà di esercitare rispetto a questi la giurisdizione in materia civile e penale, a seconda della legge della loro patria, deve pure ammettersi, che, dovendo essere cotesti distretti reputati come un'adiacenza del territorio dello Stato straniero debba

essere pure attribuita autorità alla legge del medesimo, anche per quello che essa regola i matrimoni celebrati dai propri cittadini nel distretto consolare.

525. Il dubbio più grave si è quello, che concerne le legazioni stabilite all'estero, le quali pure sono state considerate come coperte dal privilegio dell'estraterritorialità, dal che è stato poi dedotto, che, siccome i matrimoni celebrati nella legazione si dovrebbero reputare, come se fossero stati celebrati nel territorio dello Stato, al quale la legazione appartiene, così dovrebbe riconoscersi anche a riguardo di questi l'autorità della legge dello Stato straniero.

Non è questo il luogo per dimostrare come l'estraterritorialità assoluta del palazzo addetto ad uso di legazione sia un controsenso giuridico (1) diciamo soltanto, che siccome il diritto moderno dimostra insussistente l'estraterritorialità di codesto palazzo, così si deve ritenere insussistente, che la legge straniera vi possa avere autorità, come se esso fosse un'adiacenza del territorio dello Stato, sul quale essa impera.

Anche quando la legge di uno Stato estero attribuisse competenza ai propri agenti diplomatici o consolari per celebrare il matrimonio all'estero, potrebbe ammettersi soltanto, che tali sue disposizioni dovessero valere quando entrambi gli sposi fossero cittadini di codesto Stato, e quando nelle convenzioni stipulate con l'altro Stato tale facoltà attribuita ai rispettivi agenti diplomatici o consolari fosse riconosciuta a reciprocità, ovvero si dovesse ritenere riconosciuta per costante osservanza. Non deve quindi in nessun caso ammettersi che la legge estera possa attribuire competenza ai propri agenti diplomatici o consolari, anche quando entrambi gli sposi fossero stranieri, o fosse straniero solo uno di essi.

Secondo l'art. 13 della Legge federale Svizzera del 24 dicembre 1874 trovasi sancito, che il Consiglio federale è autorizzato ad investire, se così reputi utile, gli agenti diplomatici o consolari all'estero, della

(1) Vedi la mia opera: *Diritto internazionale pubblico*, 3ª edizione, vol. I, lib. I, cap. IV — vol. II, lib. IV, cap. VII. — *Digesto italiano*, voce *Agenti diplomatici*.

podestà di ricevere il consenso al matrimonio tra cittadini svizzeri e stranieri. Dobbiamo però notare che cotesta disposizione può valere soltanto rispetto alla Confederazione svizzera e non mai rispetto agli altri Stati, a riguardo dei quali una legge interna non può mutare i principii di diritto internazionale, i quali stabiliscono che la facoltà di attribuire giurisdizione e competenza agli ufficiali pubblici sia nel potere assoluto ed esclusivo della sovranità territoriale (1).

Dobbiamo quindi ritenere come regola, che gli agenti diplomatici e consolari stranieri siano incompetenti a ricevere il consenso al matrimonio tra cittadini di Stati diversi, e questa regola trova l'appoggio della più recente giurisprudenza.

526. È meritevole di essere menzionato quello che fu deciso dal Tribunale della Senna con sentenza del 2 luglio 1874. Si trattava di un matrimonio celebrato nella casa addetta alla Legazione britannica a Parigi tra un cittadino inglese ed una francese. Il consenso rispettivo degli sposi era stato ricevuto dal cappellano della Legazione osservando le forme prescritte dalla legge inglese. La questione sollevata era se cotesto matrimonio dovesse ritenersi valido o nullo. Il tribunale della Senna decise nel seguente modo:

« Considerando che l'incompetenza dell'ufficiale che ha proceduto alla celebrazione del matrimonio costituisce una nullità radicale e assoluta, che ha per conseguenza di viziare l'atto dal suo principio,

(1) Anche in Inghilterra, a norma dello statuto 12 e 13 Vittoria, cap. 68, che regola i matrimonii celebrati dinanzi agli agenti diplomatici inglesi all'estero, è ammessa la competenza di questi, anche quando uno degli sposi non sia inglese. Da quel Governo furono date però diverse istruzioni ai propri agenti diplomatici e fu loro particolarmente raccomandato di avvertire espressamente le parti che, un matrimonio tra inglese e straniero celebrato in un'ambasciata britannica, poteva essere tenuto valido in Inghilterra, ma che il Governo inglese non assumeva nessun impegno di adoperare la sua influenza per fare considerare tale matrimonio valido negli altri paesi. Conf. la circolare *Foreign Office* 28 febbraio 1867, il *Report of Royal Commission of mariage*, nel quale molti fatti e documenti trovansi riportati; Westlake, *Private international Laws*, § 348; Lawrence, *Comment. al Wheaton*, Vol. III. — In America prevale invece l'opinione che i detti matrimonii non possono essere considerati validi neanche negli Stati Uniti. Vedi il parere Redfield citato da Lawrence.

e che questo dev'essere considerato come se non avesse mai avuto esistenza legale.

« Che da ciò deriva che tale atto non avendo potuto produrre nessun effetto, non potrebbe, malgrado un possesso di stato costante, far nascere contro colui che ne domanda la nullità l'eccezione fondata sull'art. 196 » (1).

Nella stessa guisa fu risoluta la quistione dai Tribunali austriaci e confermata dalla Corte suprema il 17 agosto 1880, essendo stato deciso che il cappellano dell'ambasciata inglese a Vienna non poteva essere ritenuto quale funzionario competente a ricevere il consenso degli sposi secondo la legge austriaca (2).

527. Una controversia più delicata a riguardo del funzionario competente a ricevere il consenso di coniugarsi può nascere di fronte alle leggi di uno Stato, che richieda il rito religioso per la esistenza giuridica del matrimonio.

A norma di certe leggi il consenso di prendersi per marito e moglie dev'essere prestato dinanzi al ministro ecclesiastico a cui spetta santificare l'unione col sacramento (3).

Conseguentemente l'unione di un uomo con una donna non può

---

(1) Tribunal civil de la Seine, CLUNET, *Journal du droit intern. privé*, 1874, pag. 71. Vedi l'altra sentenza 21 giugno 1873, per un matrimonio celebrato nel palazzo dell'ambasciata degli Stati Uniti, *ivi*, pag. 73.

(2) CLUNET, *Journal* citato, 1881, pag. 171.

(3) A norma delle ordinanze vigenti nel Brasile è rifiutato ogni effetto civile alle unioni che non sieno state pronunciate dal ministro ecclesiastico in persona. Il decreto brasiliano del 3 novembre 1827 confermò infatti il decreto del Concilio di Trento, che concerne la celebrazione del matrimonio, e che così dispone: *Qui aliter, quam praesente parocho vel alio sacerdote, de ipsius parochi seu ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus, matrimonium contrahere attentabunt, eos S. Synodus ad sic contrahendum omnino inhabile reddit, et hujus modi contractus irritos facit et annulat.* La legge dell'11 dicembre 1881 dispose, che anche i non cattolici devono unirsi in matrimonio osservando le forme della loro confessione religiosa e servirsi per darne la prova dei certificati rilasciati dal pastore delle loro Chiese rispettive. In conseguenza il matrimonio è considerato rispetto a tutti come un atto religioso. — Vedi SOUZA BANDERA FILHO, *Le mariage au Brésil*, nel *Journ. du dr. int. pr.*, 1881, pag. 324.

essere reputato matrimonio, se non quando essi acconsentano rispettivamente dell'unirsi, con le forme previste dalla Chiesa e dinanzi al ministro ecclesiastico (1).

Le leggi della maggior parte dei paesi civili ritengono distinto il carattere religioso, che può avere il matrimonio come sacramento, da quello che esso ha come atto dello stato civile, e lo considerano soggetto alla legge ecclesiastica sotto il primo rispetto, e a quella civile sotto l'altro (2).

Tale diversità di leggi può dar luogo a gravi controversie nel caso di matrimonio celebrato all'estero. Può infatti accadere, che il cittadino di un paese, la di cui legge consideri il rito religioso essenziale all'esistenza giuridica del matrimonio, lo abbia celebrato in un paese straniero dinanzi all'ufficiale civile soltanto, e con le forme prescritte dalla legge civile ivi vigente. In questa ipotesi può sorgere il dubbio, se tale unione possa avere il carattere di matrimonio di fronte alla legge della patria, che prescriva il rito religioso come essenziale all'esistenza giuridica di esso.

Può parimente accadere, che il cittadino di un paese, la legge del quale non consideri competente il ministro ecclesiastico ad attribuire al matrimonio il carattere di atto dello stato civile, lo abbia celebrato all'estero dinanzi al ministro ecclesiastico, o osservando soltanto il rito religioso secondo la legge della Chiesa.

Si potrebbe inoltre verificare il caso di due persone, le quali fossero cittadini dello stesso paese, la di cui legge riconoscesse la competenza della podestà ecclesiastica a riguardo del matrimonio, e che

---

(1) Secondo la legge degli Stati Uniti d'America i ministri del culto possono procedere validamente alla celebrazione del matrimonio ed è a ciò competente il ministro della Chiesa protestante. Se però uno dei coniugi sia cattolico, quella legge esige per la validità del matrimonio una duplice celebrazione.

(2) Vedi Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe;* Lawrence, *Étude de législation comparée et de droit international sur le mariage. Revue de droit international*, 1870; Pic, *Mariage et divorce en droit international;* Calvo, *Droit int.*, tom. II, 4me édit., §§ 796-97.

lo dichiarasse valido per gli effetti civili, quando fosse celebrato col rito religioso, e che codeste persone si fossero unite in matrimonio osservando soltanto le solennità prescritte dalla Chiesa, e non quelle imposte dalla legge civile vigente nel paese ove cotesta unione avesse avuto luogo. Tale sarebbe il caso di un matrimonio celebrato in Italia, soltanto dinanzi al ministro ecclesiastico, da due stranieri entrambi cittadini di un paese, che dichiarasse efficace per gli effetti civili il matrimonio celebrato col rito religioso.

Per risolvere adequatamente cotesti dubbi conviene tener distinta la questione, che concerne l'esistenza del matrimonio come atto dello stato civile, da quella che concerne la forma con la quale il matrimonio come istituzione civile può essere celebrato. Non si può infatti confondere l'una cosa con l'altra.

La mancanza dei requisiti indispensabili, a che il matrimonio possa esistere come atto di stato civile, è questione di sostanza, di maniera che la mancanza di uno di essi cagionerebbe l'inesistenza assoluta del matrimonio, e non si potrebbe dar vita ad esso invocando la massima *locus regit actum*, come se si trattasse di una questione di forma. Cotesta massima può infatti essere utilmente invocata per tutto quello che può riguardare le forme estrinseche solenni richieste per la celebrazione del matrimonio, per le quali deve bastare che siano state osservate quelle prescritte dalla legge del paese, ove il matrimonio sia stato celebrato.

528. Passando ora a risolvere i dubbi proposti, osserviamo, che qualora a norma della legge personale fosse prescritto che il consenso per unirsi in matrimonio non potesse essere validamente prestato, che dinanzi al ministro ecclesiastico e due testimoni, il cittadino soggetto a codesta legge non potrebbe contrarre un matrimonio valido nella sua patria, osservando soltanto le solennità civili. Male a proposito egli invocherebbe la regola *locus regit actum*; perchè, siccome non si tratterebbe di pura forma esterna dell'atto, ma bensì di requisito necessario alla manifestazione del consenso di coniugarsi, così mancando questo mancherebbe uno degli elementi indispensabili all'elemento giuridico dell'atto stesso, ed in virtù del principio, che i cittadini restano dovunque soggetti alle leggi della loro patria, bisognerebbe ammettere,

che all'autorità di queste esso non avesse potuto sottrarsi recandosi in paese straniero (1).

Da questo peraltro non ci pare che si possa dedurre, che il matrimonio debba essere reputato nullo di fronte alla legge del paese, ove furono osservate le solennità civili sancite dalla legge ivi vigente, e senza osservare il rito religioso.

Riteniamo invece che il matrimonio dovrebbe essere quivi reputato valido, e questo diciamo, non già perchè intendiamo ammettere, che la legge del luogo della celebrazione del matrimonio debba regolare i requisiti essenziali alla sua esistenza giuridica, ma per un ordine d'idee ben diverso.

Supponiamo infatti per chiarire il nostro concetto, che il matrimonio sia celebrato in Italia dinanzi all'uffiziale dello stato civile colle forme prescritte dal Codice italiano, e senza osservare il rito religioso imposto dalla legge straniera. Indubitatamente tale matrimonio dovrebbe essere ritenuto valido dai tribunali italiani. È vero infatti in principio che il matrimonio come atto costitutivo della famiglia deve dipendere dalla legge nazionale di ciascuno, e che secondo questa devono essere determinati i requisiti essenziali alla sua esistenza giuridica, però, siccome il legislatore italiano, sancendo i più giusti concetti ammessi nella maggior parte dei paesi civili, ha ritenuto il matrimonio, come istituzione civile, distinto da quello che esso può essere come sacramento, l'applicare una legge straniera, la quale facesse dipendere gli effetti civili del matrimonio dal rito religioso, offenderebbe il nostro diritto pubblico territoriale confondendo la competenza della podestà civile con quella della podestà ecclesiastica rispetto al matrimonio come atto di stato civile. Conseguentemente, non potendo essere il caso di riconoscere in questo l'autorità della legge straniera, bisognerebbe ritenere valido per tutti gli effetti civili il matrimonio celebrato in conformità della legge nostra.

---

(1) A conferma di questa opinione da noi già sostenuta adduciamo, che nel Brasile, ove è tuttora in vigore il diritto canonico rispetto ai brasiliani cattolici, essendo reputate le formalità religiose essenziali per gli effetti civili del matrimonio nell'Impero, la giurisprudenza ha ammesso che i brasiliani, che celebrino il matrimonio all'estero, non possano ritenersi esonerati dal-

529. A riguardo del secondo dubbio da noi proposto osserviamo, che qualora, a norma della legge del paese straniero, l'atto di matrimonio celebrato col rito religioso dinanzi al ministro ecclesiastico fosse reputato atto di stato civile, bisognerebbe considerarlo tale dovunque, in conformità di quello che fu da noi già detto innanzi a riguardo degli atti di stato civile fatti dai preti o ministri ecclesiastici (1). Notiamo soltanto che, se a norma della legge di paese straniero fosse ammesso il rito religioso e quello civile, e fosse imposto di far precedere il rito religioso alle solennità civili, e fosse dichiarato nullo il matrimonio celebrato colle forme civili quando non fosse preceduto dal rito religioso, cotesta disposizione non potrebbe al certo colpire gli stranieri che ivi si unissero in matrimonio osservando solamente le formalità civili, sempre per la ragione che le leggi che concernono i requisiti essenziali per l'esistenza del matrimonio devono avere autorità a riguardo dei soli cittadini, e che per gli stranieri dev'essere sufficiente osservare soltanto le forme prescritte dalla legge locale per l'esistenza dell'atto di stato civile.

Notiamo finalmente, che qualora il rito religioso fosse considerato esso medesimo come atto di stato civile, gli stranieri cittadini della stessa patria che volessero ivi unirsi in matrimonio, potrebbero celebrarlo dinanzi agli agenti diplomatici o consolari della loro patria, osservando le norme prescritte dalla loro legge nazionale, e che il matrimonio da essi così celebrato dovrebbe essere riguardato valido dovunque per la ragione già detta, che cioè l'atto di matrimonio come atto costitutivo della famiglia dev'essere retto dalla legge personale di ciascuno, e dev'essere reputato valido rispetto a tutti quando sia celebrato a norma di essa legge.

530. Per risolvere poi la controversia che può sorgere nell'ipotesi che due stranieri cittadini della stessa patria celebrassero il matrimonio col rito religioso in un paese, la di cui legge escludesse la competenza della podestà ecclesiastica rispetto al matrimonio civile, e am-

---

l'obbligo di celebrarlo col rito religioso, tuttochè questo non sia richiesto secondo la legge del paese ove si uniscano in matrimonio. — Vedi l'articolo citato: *Le mariage au Brésil*, loc. cit., pag. 337.

(1) Vedi il Capitolo ultimo del Volume I.

mettesse quella soltanto della potestà civile, osserviamo che, siccome le condizioni richieste per la esistenza giuridica del matrimonio non possono essere assoggettate alle stesse regole che sono applicabili alla forma degli atti contrattuali, e così non può essere il caso di addurre nell'ipotesi da noi fatta che il matrimonio debba essere reputato valido in considerazione della regola la quale ammette che i cittadini della stessa patria possano attenersi, in quanto alla forma di un contratto alla loro legge nazionale.

Così alcuni scrittori hanno opinato, e tra questi il Filomusi Guelfi (1), il quale discutendo intorno ai matrimoni celebrati in Italia, soltanto con la forma religiosa, da stranieri dello stesso paese, la legge del quale dichiari valido il matrimonio celebrato nella forma ecclesiastica, ha sostenuto che tale matrimonio debba essere reputato valido, per la ragione che la stessa legge nostra concede agli stranieri della stessa patria di osservare per gli atti fatti in Italia le forme prescritte dalla loro legge nazionale.

Il legislatore italiano ha sancito veramente coll'articolo 9 delle disposizioni generali il principio ammesso nella dottrina e nella giurisprudenza, che cioè debba essere salva per i contraenti, che fanno un atto all'estero, la facoltà di seguire le loro forme nazionali, purchè questa sia comune a tutte le parti. Dicemmo già come tale principio sia stato comunemente accettato (2).

Ma si può poi ammettere che il rito civile o il religioso rispetto al matrimonio sia una questione di forma, che cade sotto la regola *locus regit actum?* Si può mai ammettere che la facoltà concessa ai contraenti di osservare le forme prescritte dalla loro legge nazionale negli atti da essi fatti all'estero possa valere per far considerare valido in Italia un matrimonio celebrato colla forma religiosa, sol perchè tale forma sia riconosciuta dalla legge nazionale degli sposi stranieri? Non ci pare veramente, perchè l'ammetterlo condurrebbe a confondere quello che concerne le condizioni richieste per l'esistenza giuridica di un atto e la sussistenza di esso, con la fòrma e le solennità estrinseche

(1) Vedi la sua monografia: *Locus regit actum* e la nota alla sentenza della Corte di Lucca, *Foro ital.*, 1877, 1190.

(2) Vol. I, § 228.

dell'atto. Il matrimonio non può sussistere in Italia come atto di stato civile, se non quando sia celebrato dinanzi all'uffiziale dello stato civile, che è esclusivamente competente. Il matrimonio celebrato solamente dinanzi al ministro ecclesiastico è atto insussistente come atto di stato civile, perchè la legge italiana ritiene incompetente il ministro ecclesiastico. Ora ritenendo come incontestato, che il determinare e l'attribuire competenza ai pubblici funzionari sia nel potere esclusivo della sovranità territoriale; che la legge che a ciò provvede formi parte del diritto pubblico interno; che questo debba avere autorità territoriale assoluta, e che non si possa derogare ad esso in virtù di legge straniera, riesce evidente, come gli stranieri, che celebrano un matrimonio in Italia, non possano utilmente invocare la loro legge in quello che essa attribuisce la competenza alla podestà ecclesiastica rispetto al matrimonio quale atto di stato civile, perchè ciò importerebbe offesa al diritto pubblico italiano che dichiara codesta podestà incompetente.

Non vale addurre in contrario l'argomento, di cui pure si serve il Filomusi, che cioè per la giurisprudenza generalmente accettata nella pratica, si considerano validi i matrimoni contratti dinanzi ai loro consoli nazionali tra stranieri appartenenti allo stesso Stato, seguendo le forme prescritte dalla loro legge nazionale, imperocchè cotesto argomento non è decisivo. Altra cosa è infatti quello che concerne la forma con la quale si può procedere alla celebrazione del matrimonio civile, ed altra è la competenza giuridica indispensabile per l'esistenza dell'atto, e se essa debba ritenersi attribuita alla podestà civile, o alla podestà ecclesiastica.

Ritenendo come presupposto, che la competenza rispetto al matrimonio come atto di stato civile sia attribuita alla podestà civile in conformità della legge territoriale, si può senza inconvenienti ammettere, che, qualora a norma della legge straniera fosse concesso ai consoli di esercitare le funzioni di uffiziali di stato civile e di assistere all'estero alla celebrazione del matrimonio tra cittadini dello Stato, cui essi appartenessero, osservando le forme prescritte dalla loro legge nazionale, il matrimonio dinanzi ad essi così celebrato dovrebbe essere ritenuto valido in Italia e dovunque. Questa è la giusta conseguenza del principio ammesso comunemente, il quale stabilisce, che i consoli

stranieri possano esercitare tutte le funzioni ad essi attribuite dalla loro legge nazionale, comprese quelle di uffiziale di stato civile, e che non siano state eccettuate nella Convenzione consolare o nell'*exequatur* ad essi concesso. D'altra parte poi, supposto che il console straniero sia competente, deve essere salva sempre per gli stranieri della stessa patria la facoltà di seguire per gli atti fatti all'estero dinanzi al console le forme prescritte dalla loro legge nazionale. Ma in tutto questo non si può trovare alcuna ragione per attribuire in forza di una legge straniera la competenza alla podestà ecclesiastica in un paese, la legge del quale dichiari esclusivamente competente la podestà civile per celebrare il matrimonio.

Concludiamo quindi che nell'ipotesi da noi fatta, il matrimonio col solo rito religioso dev'essere riguardato giuridicamente inesistente per tutti gli effetti civili. Diremo in seguito se esso possa avere il carattere di matrimonio putativo.

La questione che noi abbiamo discussa può presentare un'importanza tutta speciale nell'ipotesi che, secondo la legge personale non solo fossero attribuiti gli effetti civili al matrimonio celebrato col rito religioso, ma fosse altresì disposto che il matrimonio celebrato all'estero secondo il rito della religione cattolica potesse produrre tutti gli effetti civili.

531. Troviamo tale disposizione nel Codice civile della Repubblica Argentina, il quale così dispone coll'art. 164 « il matrimonio celebrato in un paese straniero, ove esso non produrrebbe nessun effetto civile, ne produrrà non ostante nella Repubblica, se sia stato celebrato secondo le leggi della Chiesa cattolica ». È chiaro, che in virtù di cotesta disposizione il matrimonio celebrato in Italia con rito religioso cattolico da due argentini è valido per tutti gli effetti civili nel loro paese, ma non possiamo ammettere neanche in questo particolare caso, che esso possa essere valido in Italia. Inutilmente s'invocherebbe la disposizione contenuta nell'art. 6 (Codice italiano) che dice, che i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione, a cui la famiglia appartiene, e quella dell'art. 9 che lascia in facoltà dei contraenti, i quali sieno cittadini della stessa patria di seguire le forme della loro legge nazionale per gli atti da essi fatti in Italia. Ed infatti, siccome si tratterebbe

sempre della competenza di un pubblico ufficiale in Italia, e rispetto all'attribuirla si deve considerare assoluta ed esclusiva l'autorità della legge territoriale, così non potrebbe essere mai il caso di riconoscere a riguardo di ciò l'autorità della legge argentina.

Noi opiniamo che tale matrimonio non può essere reputato valido neanche negli altri Stati, imperocchè tutti ammettano come regola di diritto comune internazionale, che il matrimonio debba essere celebrato a seconda della legge del paese ove gli sposi si coniughino. E il non avere osservata questa regola sarebbe al certo un ostacolo insormontabile, a che il matrimonio potesse essere reputato valido negli altri Stati. Conseguentemente nella ipotesi da noi fatta esso dovrebbe essere reputato valido solo di fronte al diritto argentino, e per gli effetti civili che potrebbero derivare in quella Repubblica.

§ 3°

Dei requisiti intrinseci del matrimonio.

532. Il matrimonio deve avere certi requisiti, i quali devono essere determinati dalla legge. — 533. Principii generali per determinare la legge che deve regolarli. — 534. Il termine per celebrare nuove nozze deve dipendere dalla legge personale. — 535. Da questa deve dipendere altresì l'impedimento fondato sulla differenza di condizione religiosa. — 536. Dell'impedimento dell'ordine sacro e del voto religioso. — 537. Autorità della legge territoriale che inibisca la poligamia. — 538. Impedimento fondato sulla parentela. — 539. Rapporto dell'adozione. — 540. Principio generale circa l'applicazione della legge territoriale.

532. Il matrimonio secondo i principii del diritto razionale è di per sè stesso un'istituzione, che ha intime attinenze con l'ordine civile e con l'ordine morale (1). Esso infatti consiste nella società permanente di due persone di sesso differente, unite con l'intendimento d'imprimere alla loro unione sessuale e a tutte le relazioni, che naturalmente ne nascono, il carattere della moralità. Si può conseguentemente dire con ragione, che il matrimonio sia la base dell'ordine morale, dell'ordine pubblico

(1) PRADIER-FODÉRÉ, *Droit int.*, tom. III, §§ 1729-32.

e del buon costume, ed è naturale, che, affinchè questa istituzione possa rispondere al suo scopo debba avere certi requisiti intrinseci oltre i requisiti estrinseci, quali sono quelli delle solennità e delle forme, dei quali ci occuperemo nel paragrafo seguente.

Ciascuna legge determina le condizioni necessarie onde contrarre matrimonio, e i requisiti intrinseci che l'unione coniugale deve avere. Non si può disconoscere, che le disposizioni di ciascuna legge prese nel loro insieme, ed avuto riguardo ai cittadini soggetti all'impero di essa, non debbano rispetto ad essi essere riguardate come disposizioni di ordine pubblico.

Esse infatti provvedono all'ordinamento della famiglia ed a dare ad essa la base di moralità in armonia con le convinzioni giuridiche, coi sentimenti morali, e colle credenze del popolo che forma lo Stato.

533. La questione però che sorge, e che noi dobbiamo discutere, è questa: se cioè la legge territoriale, la quale determina i requisiti intrinseci del matrimonio debba avere autorità rispetto agli stranieri, che intendono contrarlo nello Stato, così come essa l'ha indubitatamente a riguardo dei cittadini soggetti al suo impero.

Conviene innanzi tutto considerare, che alcuni requisiti sono richiesti in conseguenza dell'imperiosa necessità di mantenere integro il principio morale, che ciascuna sovranità considera come fondamento sostanziale della famiglia stessa: altri sono richiesti per la considerazione di conservare l'organizzazione della famiglia secondo i criteri accettati dal legislatore e di mantenere le relazioni ed i rapporti di famiglia così come dalla legge furono stabiliti.

Ora ci sembra chiaro, che una differenza debba essere fatta tra le disposizioni che mirano all'uno, e quelle che mirano all'altro obietto. Alle prime dev'essere attribuita autorità assoluta nel territorio rispetto a tutti, perchè non si può al certo ammettere che una famiglia possa essere costituita in uno Stato violando il principio morale, che dal legislatore sia stato proclamato come fondamento sostanziale di lei, senza che ne rimanga offeso il diritto pubblico territoriale e il buon costume.

Alle seconde invece non può essere attribuita la stessa autorità rispetto a tutti, perchè, siccome esse sono sancite coll'intendimento di

conservare l'organizzazione della famiglia, e le relazioni tra i membri di lei, così devono avere autorità a riguardo delle persone soltanto sommesse all'impero della legge regolatrice dei rapporti di famiglia.

La distinzione da noi fatta ci deve guidare per distinguere nelle disposizioni, che concernono i requisiti intrinseci del matrimonio, quelle che devono avere autorità di statuto reale, e quelle che devono avere autorità di statuto personale, vale a dire quelle alle quali, sia che contengano un comando, sia che contengano un divieto, non possono mai contravvenire neanche gli stranieri, che intendono celebrare il matrimonio nello Stato, e quelle alle quali devono sottostare i cittadini soltanto, sia che celebrino il matrimonio nello Stato, sia che lo celebrino all'estero.

534. Tenendo conto di siffatta distinzione noi reputiamo, che debbano essere riguardate soggette allo statuto personale non solo le condizioni che concernono la capacità, e quelle che subordinano il consenso degli sposi a quello delle persone chiamate a prestare il consenso al matrimonio di ciascuno di essi, ma quelle altresì che mirano a provvedere agl'interessi dei membri della famiglia. Così è ad esempio quella che vieta alla vedova di contrarre un nuovo matrimonio, se non sia decorso un dato termine dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio precedente.

Tale disposizione, siccome mira a tutelare i diritti degli eredi del primo marito in concorrenza con quelli del secondo, ed a prevenire la confusione del parto, forma parte dello statuto personale, perchè è la legge personale di ciascuno, quella a cui spetta di provvedere, a che i diritti patrimoniali dei membri della famiglia sieno convenientemente tutelati, nè al certo si può ammettere che l'ordine pubblico territoriale sia turbato, se il vedovo o la vedova stranieri non possano celebrare il matrimonio, prima che abbiano compiuto il lutto legale ad essi imposto a norma della legge straniera (1), o se possano

(1) Secondo la legge svedese l'uomo non può celebrare nuove nozze prima che siano decorsi sei mesi dalla morte della moglie di lui, e la donna prima che sia decorso un anno dalla morte del marito di lei. Quella legge richiede inoltre che sia prima effettuata la divisione legale dei beni coi figli

celebrarlo prima che sia decorso il termine fissato dalla legge territoriale, supposto che la legge personale della vedova abbia provveduto diversamente onde evitare la confusione del parto.

535. Noi reputiamo altresì che debba dipendere dalla legge personale la condizione, che non vi sia tra gli sposi differenza di confessione religiosa. Conseguentemente, se la legge personale di uno degli sposi disponesse, ad esempio, come dispone il Codice civile austriaco con l'art. 64, che non si può contrarre validamente matrimonio fra cristiani e non cristiani, tale divieto potrebbe colpire soltanto le persone soggette all'autorità di cotesta legge, e non gli stranieri, perchè in sostanza essa mirerebbe a regolare la capacità, o ad assicurare la prevalenza della religione dello Stato, e non dovrebbe avere autorità che rispetto a coloro i quali facessero parte della stessa comunità politica.

536. L'impedimento, che deriva dalla condizione religiosa della persona, come è quello, per cui è vietato al prete cattolico e al monaco professo di celebrare il matrimonio, deve dipendere altresì dalla loro legge personale. La qual cosa bisogna per altro intendere nel senso che, laddove a norma di cotesta legge fosse vietato espressamente al prete cattolico e al monaco professo di contrarre matrimonio, non potrebbe essere concesso ai medesimi di coniugarsi, se ciò volessero fare in un altro paese, ove vigesse la legge, che in considerazione della libertà religiosa non contenesse lo stesso divieto. Abbiamo detto dover essere necessaria una disposizione espressa, perchè, se questa mancasse, e il divieto fosse stato soltanto stabilito dalla giurisprudenza, non sarebbe necessario ammetterlo, per la considerazione che alle sentenze dei tribunali stranieri non può essere attribuita la stessa autorità della legge.

Abbiamo inoltre soggiunto, che la legge personale straniera deve avere autorità in quello che essa vieta al cittadino prete cattolico di celebrare il matrimonio, perchè non si può fare a meno di ritenere i cittadini soggetti dovunque all'impero della loro propria legge, e da

---

e cogli altri eredi del coniuge premorto. — Vedi OLIVECRONA, nel *Journal du droit intern. privé*, 1883, pag. 347.

altra parte poi riteniamo, che nessuno Stato dovrebbe autorizzare gli stranieri a celebrare un matrimonio, che potesse essere annullato nella loro patria (1). Per la qual cosa ci sembra che l'opposizione a celebrare il matrimonio nel caso in parola debba essere ammessa, e ritenuta ben fondata sulla legge personale del prete cattolico o del monaco, non ostante che manchi ad essa il fondamento di fronte alla legge territoriale. Però se il matrimonio fosse stato celebrato là, ove simile divieto non esistesse, e si trattasse poi di farlo dichiarare nullo, la soluzione potrebbe essere diversa e ne discorreremo in seguito.

537. Reputiamo invece dover'essere retto dalla legge territoriale il matrimonio in quello che esso fissa le condizioni richieste per la sussistenza giuridica dell'unione coniugale come tale, ed i requisiti intrinseci indispensabili, che l'unione sessuale deve avere, per potere essere reputata matrimonio di fronte al diritto positivo.

Tale è la legge che inibisce la poligamia. Non intendiamo di discutere quale sia il fondamento di codesta legge, che la proibisce, perchè questo non entra nel campo dei nostri studi; riteniamo però evidente, che in ogni Stato civile, nel quale sia vietata la poligamia, e conseguentemente punita la bigamia come un reato, non possa essere invocata la legge personale onde essere ammesso a prendere più mogli, perchè nessuno straniero che abiti il territorio di uno Stato può utilmente invocare la legge del proprio paese a fine di commettere un atto che sia qualificato reato. Vedremo in seguito quali possano essere le conseguenze nell'ipotesi che il matrimonio poligamico sia stato celebrato in uno Stato ov'era permesso, da persone soggette alla legge ivi vigente.

538. Si deve dire lo stesso della legge, che proibisca il matrimonio incestuoso, quello cioè tra persone fra le quali esistano legami di

(1) Secondo la legge della Repubblica Argentina è tuttora vietato al prete cattolico e ad ogni altra persona appartenente ad un ordine riconosciuto dalla Chiesa cattolica, e legati dai voti solenni di castità, di celebrare matrimonio; e quella legge non solo dichiara sacrilega tale unione, e sacrileghi i frutti di essa, ma punisce altresì severamente coloro che commettono tale sacrilegio. — Vedi l'articolo di Daireaux nel *Journ. du droit international privé*, 1886, pag. 292.

sangue. È evidente che non può esistere, secondo il diritto naturale stesso, società coniugale tra madre e figlio, tra padre e figlia, tra fratelli e sorelle. Intorno a ciò nessun dubbio è possibile. Questo può sorgere soltanto a riguardo dei matrimonii proibiti tra parenti oltre il secondo grado, e tra affini, matrimonii i quali non possono essere tutti reputati immorali secondo la legge di natura, benchè essi lo siano secondo la legge morale, così come essa è intesa da ciascun popolo, avuto riguardo alle convinzioni giuridiche di esso, e al buon costume.

Tale è, ad esempio, il matrimonio tra cognati permesso secondo certe leggi, vietato secondo certe altre, e, che secondo quelle medesime che lo proibiscono, può nondimeno aver luogo mediante dispensa accordata dal Re o dal Capo dello Stato.

Noi reputiamo indispensabile, a riguardo delle leggi che proibiscono il matrimonio in considerazione dei vincoli di sangue e dei rapporti di famiglia, di fare una distinzione tra di esse tenendo conto del motivo della disposizione stessa. L'unione coniugale tra fratelli fa orrore, perchè è contro la legge di natura, ma non si può dire lo stesso dell'unione dei cugini, ed è perciò che non tutte le leggi considerano tale rapporto di parentela come un ostacolo. Così parimente non si può considerare contro il diritto di natura l'unione coniugale tra affini. In Germania, ad esempio, la legge del 1875 ha soppresso il divieto tra cognati, come pure tra zia e nipote, e nell'Impero Britannico si verifica lo sconcio che il matrimonio tra cognati è permesso nelle colonie che a tale Stato appartengono (come è principalmente nella Nuova Zelanda e in tutta l'Australia) ed è vietato in Inghilterra. In Italia il divieto esiste, ma è con facilità eliminato con la dispensa reale (1).

Stando così le cose non si può dire al certo che le nozze tra affini, nei gradi contemplati dalla legge civile, presentino il carattere di turpitudine come lo presentano quelle tra parenti in linea retta e

---

(1) Nel 1885 secondo la statistica del Ministero di grazia e giustizia furono concesse in Italia 1508 dispense di matrimonio tra parenti: di cui 167 tra zii e nipoti e 1341 tra cognati. Le dispense negate furono solo 498: di cui 200 tra zii e nipoti, 298 tra cognati.

tra fratelli e sorelle. Basti infatti il considerare che le leggi di Stati, i quali hanno la stessa cultura e gli stessi costumi morali, sono qui più severi, ivi meno severi nel proibire il matrimonio tra affini in linea collaterale e tra parenti al di là del secondo grado, e che tutte poi generalmente ammettono la facoltà di eliminare l'ostacolo ottenendo la dispensa, la quale può essere concessa anche secondo il diritto canonico.

Il matrimonio tra cognati principalmente non è vietato nella maggior parte degli Stati (1). Bisogna quindi riconoscere che la legge la quale vieta il matrimonio tra cognati è solo motivata dal diverso modo d'intendere i rapporti di famiglia, e deve perciò formar parte dello statuto personale, e che conseguentemente si debba decidere a norma di questa se i rapporti di affinità debbono o no costituire un impedimento alla celebrazione del matrimonio.

Possiamo concedere, che se due stranieri domiciliati in un paese volessero unirsi in matrimonio e fossero parenti in linea collaterale oltre il secondo grado, e l'ostacolo a coniugarsi non esistesse secondo la loro legge personale, ma esistesse invece secondo la legge territoriale, essi dovrebbero sottostare a quanto questa disponesse onde offendere il buon costume, ma non ci pare parimente che il buon costume potesse ritenersi offeso se due cognati stranieri non domiciliati si unissero in matrimonio, supposto che non esistesse divieto a seconda della loro legge personale. Tanto più abbiamo ragione di sostenere questo concetto, in quanto che tutte le leggi ammettono che l'ostacolo possa essere tolto con la dispensa del Capo dello Stato; ora, se due stranieri non sono obbligati a provocare tale dispensa secondo la loro legge, a qual titolo potrebbero essi essere costretti a provocarla?

539. La legge che vieta il matrimonio tra l'adottante, l'adottato e i suoi discendenti, e tra i figli adottivi della stessa persona dev'essere considerata tra quelle, a cui dev'essere attribuita autorità, anche

(1) In Inghilterra, ove il matrimonio tra cognati è tuttora vietato, varii tentativi sono stati fatti per togliere il divieto. Nel 1876 un progetto fu presentato per fare dichiarare valido in Inghilterra il matrimonio tra cognati, celebrato da inglesi nelle colonie inglesi ove una tale unione non è vietata.

rispetto agli stranieri. Le ragioni di alta moralità, per le quali è vietato il matrimonio tra i figli adottivi della stessa persona, tra l'adottante, l'adottato e i suoi discendenti, tra l'adottato e il coniuge dell'adottante, e tra l'adottante e il coniuge dell'adottato, suffragano l'opinione che noi sosteniamo, cioè, che alla legge, che sancisce il divieto, debba essere attribuita l'autorità di statuto reale non ostante che, come dimostreremo in seguito, i rapporti che derivano dall'adozione debbano essere retti dalla legge personale.

540. Noi riteniamo altresì, che debba essere attribuita l'autorità di statuto reale a tutte le altre disposizioni, le quali, per ragioni di moralità o di polizia, sanciscono un divieto assoluto a celebrare il matrimonio. Tale è, ad esempio, il divieto sancito dalla legge italiana con l'art. 62, il quale dispone, che colui, che in giudizio criminale sia stato convinto reo o complice di omicidio volontario commesso mancato o tentato sulla persona di uno dei coniugi, non possa unirsi in matrimonio con l'altro coniuge. Sono evidenti le ragioni di ordine morale, per le quali il legislatore italiano ha vietato le nozze contaminate da un reato di sangue, come è pure evidente che tale disposizione debba avere autorità anche rispetto agli stranieri di un paese che non sancisca lo stesso impedimento.

§ 4°

Delle formalità richieste per la celebrazione del matrimonio.

541. Le formalità per celebrare il matrimonio cadono sotto la regola *locus regit actum.* — 542. Secondo il diritto americano non è richiesta alcuna solennità. — 543. Diritto vigente in Inghilterra. — 544. Certe formalità possono essere rese necessarie dalla legge personale. — 545. Della necessità delle pubblicazioni fatte nella patria. — 546. Come si possa in pratica prevenire l'inosservanza della legge patria. — 547. Matrimonii celebrati dinanzi ai consoli. — 548. Matrimonii celebrati nell'Impero Ottomano.

541. Si ammette comunemente, che le forme, le quali devono essere osservate per celebrare il matrimonio, debbano essere rette dalla *lex loci actus*, e che cadano quindi sotto la regola *locus regit actum.*

In ciò sono d'accordo i giuristi e i canonisti. Lo stesso Sanchez dice: *peregrini teneantur legibus et consuetudinibus loci, per quem transeunt, quoad solemnitatem* (1), e perciò egli sostiene, che un matrimonio clandestino fatto in un paese che abbia accettato il Concilio Tridentino, che lo proibisce, non è valido, nonostante che fosse permesso dalla legge del paese dei contraenti. I giuristi poi sono tanto concordi, che si può considerare la dottrina come una *communis opinio* (2).

Conseguentemente è stato deciso, che nei paesi, nei quali vige tuttora il decreto del Concilio di Trento, e ove la legge considera il matrimonio come atto dello stato civile soggetto a cotesto decreto, il matrimonio celebrato in conformità di esso, in quanto alla forma, deve essere reputato valido anche di fronte al diritto della patria dei contraenti (3).

Per la medesima ragione, disponendo la legge russa che il matrimonio può essere celebrato in Russia secondo le regole ed i riti rispettivi di ciascuna delle religioni tollerate nell'Impero, e senza fare nessuna eccezione rispetto ai mussulmani, agli israeliti ed ai pagani, perciò il matrimonio tra israeliti celebrato ivi nella casa del padre della sposa, secondo il rito della religione ebraica, in presenza del Rabbino, dev'essere reputato valido.

Dovrà pure ammettersi in tale circostanza, che l'atto sottoscritto dal Rabbino debba tener luogo di atto dello stato civile, ed essere efficace a constatare la celebrazione del matrimonio.

542. Secondo il diritto comune dello Stato di New-York per rendere un matrimonio legale e valido non è richiesta nessuna cerimonia, nè la celebrazione fatta dinanzi a un magistrato, ministro o prete, basta invece che le parti acconsentano ad unirsi reciprocamente come

---

(1) SANCHEZ. *De matrimonio*, 1, 3 d. 18, pag. 29.

(2) VOET, *Du statut*, § 9, c. 2, n° 9; KENT, *Comment.* sect., 26, p. 91; MERLIN, *Répert.* v. *mariage;* BOULLENOIS, t. II, pag. 458; SAVIGNY, *Traite du droit romain*, t. VIII, § 379; SCHAEFFNER, *Dir. priv. intern.*, § 100; FŒLIX, t. II, pag. 417; ZACCARIA, § 468, n° 2; PRADIER-FODÉRÉ, *Droit intern.*, t. III, § 1719.

(3) Confr. Tribunal de la Seine, 14 mars 1879, CLUNET, *Jour. du droit intern. privé*, 1879, pag. 281.

marito e moglie. L'essenza del matrimonio è il consenso reciproco, e la valida prestazione di questo non è sottomessa ad alcuna forma, ad alcuna solennità (1).

Siccome la legge comune favorisce piuttosto la presunzione del matrimonio e quindi la legittimità dei figli che quella del commercio illegittimo, così cotesta presunzione si ammette con maggiore facilità, quando sia decorso un lungo intervallo, dal momento in cui due persone siano vissute pubblicamente come marito e moglie.

Quando l'unione di due persone si può presumere che sia stata quella dell'unione coniugale, e tale presunzione risulti dalle circostanze, si ritiene in massima, che le persone siano state unite piuttosto dal matrimonio che dal rapporto di connubio illecito. Così lo avere una donna abbandonata la casa paterna senza opposizione da parte della famiglia di lei; l'avere essa portato il nome di colui, che era denotato come suo marito; l'avere essi battezzato i figli nati da cotesta unione sotto il loro nome dichiarando di essere maritati; sono circostanze considerate sufficienti a stabilire la valida presunzione che il padre e la madre di codesti figli erano uniti in legittimo matrimonio, e occorrerebbero le prove le più concludenti ed univoche per poterla combattere (2).

Ora bisogna ritenere, che in caso di matrimonio celebrato negli Stati, nei quali vigesse un diritto somigliante, un atto di notorietà, da cui risultasse lo stato di coniugati, dovrebbe ritenersi sufficiente a stabilirlo, e così fu ritenuto dalla Cassazione francese a riguardo di un matrimonio celebrato in Pensilvania (America del Nord). Essa decise, che non essendo ivi richiesto per constatare l'esistenza legale del ma-

---

(1) WHARTON difende il diritto americano, perchè a suo modo di vedere favorisce il matrimonio, egli stesso per altro riconosce i danni che possono derivare da quella legge che autorizza unioni clandestine — Vedi il suo articolo *Du mariage aux États Unis* dans le *Journ. du droit international privé*, 1879, pagg. 229, 509.

(2) Vedi sul diritto comune degli Stati Uniti in materia di matrimonio LAWRENCE, *Commentaire sur les éléments du Droit international* de HENRY WHEATON, partie 2, t. III, pag. 323 e seg. — WHARTON, *On the conflict of laws*, § 173, CLUNET, *Journ. du Dr. int. privé*, pag. 316.

trimonio, nè atto di stato civile, nè atto religioso, nè atto autentico, e neppure atto privato, ed essendo bastante a provare il matrimonio la notorietà e la coabitazione con la riputazione pubblica di essere uniti come marito e moglie, tale atto dovea essere considerato sufficiente a stabilire l'esistenza legale del matrimonio, anche di fronte al diritto francese, e quindi la legittimità dei figli da esso nati; ed inoltre, che la sentenza, la quale apprezzando i fatti e le circostanze avesse ritenuto che a due persone unite in Pensilvania dovesse essere attribuito lo stato di marito e moglie legittimo in conformità della legge di quel paese, non dovesse essere, per quello che concerneva l'apprezzamento delle circostanze di fatto, soggetta a cassazione. Spetta quindi al tribunale di decidere soltanto col suo prudente arbitrio se i tre elementi, da cui risulta lo stato (*nomen*, *tractatus*, *fama*), risultino dalle circostanze (1).

543. Reputiamo opportuno di notare che secondo certe legislazioni può essere pure richiesta la residenza o la dimora in paese onde potere utilmente valersi della legge ivi vigente, che conceda di celebrare il matrimonio in una data forma.

In Inghilterra, a fine di porre un termine ai matrimonii celebrati a Gretna-Green (2), fu sancito, che la legge vigente in Scozia, che concede di celebrare il matrimonio senza alcuna solennità o per *verba de praesenti*, non potesse essere utilmente invocata, che da coloro che avessero la residenza in codesto paese, o che vi avessero vissuto almeno ventun giorno prima di procedere alla celebrazione del loro matrimonio. Cotesta legge sancita il 31 dicembre 1856 deve ritenersi obbligatoria a riguardo di tutti. Bisogna infatti ammettere in

(1) Cass. fr., 13 janvier 1857 (De Palmy) *Journ. du Palais*, 57, 398. — Paris, 20 janvier 1873 (Dussance), ivi, 73, 721, vedi ivi la nota di Massé; vedi pure *Journ. du droit intern. privé*, 1874, pag. 243.

(2) Secondo il diritto vigente in Scozia e la giurisprudenza di quei tribunali, è ivi ammesso che il consenso dei contraenti dà luogo al matrimonio. Da ciò è poi derivata l'usanza di celebrare il matrimonio dinanzi al fabbroferraio di Gretna-Green, il quale rilascia un certificato, che alla circostanza è tenuto a confermare con giuramento, a fine di constatare che gli sposi alla sua presenza aveano acconsentito di prendersi in marito e moglie.

massima, che la legge di uno Stato, la quale stabilisca che il matrimonio celebrato in una parte di esso, date certe circostanze, debba essere reputato clandestino, dev'essere reputata imperativa anche per gli stranieri in virtù del principio *locus regit actum*.

544. E qui cade in acconcio di notare, che, siccome a norma della legge personale degli sposi può essere loro imposto di adempiere certe formalità in patria, onde potere validamente celebrare il matrimonio all'estero, così a tale disposizione i cittadini non possono sottrarsi, quando si uniscano in matrimonio all'estero. Conseguentemente spetta ai tribunali della patria di ciascuno di decidere poi, se il matrimonio celebrato dal cittadino all'estero possa o no essere riguardato clandestino a cagione dell'inadempimento in patria delle formalità dalla legge richieste (1).

545. Una delle formalità, che devono precedere la celebrazione del matrimonio sono le pubblicazioni ufficiali, le quali devono essere fatte per cura dell'uffiziale dello stato civile. È chiaro, che, quando esse sieno richieste a norma della *lex loci actus*, devono essere fatte in tutto in conformità di essa. Notiamo soltanto, che, se a norma di cotesta legge fosse imposto all'ufficiale dello stato civile di non poter procedere alle pubblicazioni, se non gli constasse del consenso degli ascendenti o delle altre persone, nei casi in cui tale consenso è necessario, cotesta disposizione non sarebbe applicabile agli stranieri in virtù del principio *locus regit actum*, perchè a riguardo della necessità del consenso bisognerà tener conto dei principii esposti innanzi, dovendo essere retta dallo statuto personale e non già da quello applicabile alle forme.

Alcune leggi impongono inoltre ai cittadini, che vogliono celebrare il matrimonio in paese estero di fare precedentemente anche le pubblicazioni nella loro patria. Così dispongono, ad esempio, il Codice civile francese, art. 170; il Codice italiano, art. 100; l'austriaco, art. 4; quello dei Paesi Bassi, art. 138 ed altri.

La legge nostra, la francese ed altre leggi impongono altresì ai

---

(1) Vedi Tribunale della Senna, 29 décembre 1876, 20 janvier 1877, *Journ. du droit intern. privé*, 1877, pag. 43; 1878, p. 164; 12 juin 1879; *ivi*, 1879, pag. 486.

cittadini l'obbligo di fare inscrivere entro un certo termine nei registri dello stato civile del Comune il matrimonio seguito in paese estero.

Indubitatamente a tali disposizioni devono sottostare i cittadini, anche quando celebrino il matrimonio all'estero. Vedremo in seguito quali possano essere le conseguenze della non osservanza di esse.

546. A fine di prevenire ogni inconveniente a riguardo delle formalità che devono essere adempiute in patria dai contraenti può riuscire utile, che ciascun Governo imponga ai propri ufficiali di non procedere alla celebrazione del matrimonio tra stranieri prima che non abbiano presentato un certificato dell'autorità competente, da cui consti di avere ciascheduno di essi adempiute le prescrizioni della legge patria per celebrare il matrimonio.

Nella legge italiana si trova una somigliante disposizione ed è sancita coll'art. 103 del Codice civile, il quale dice « lo straniero che voglia contrarre matrimonio nel Regno deve presentare all'uffiziale dello stato civile una dichiarazione dell'autorità competente del paese a cui appartiene, dalla quale consti che, giusta le leggi da cui dipende, nulla osta al divisato matrimonio. In Francia furono pure date disposizioni in senso conforme dal Ministro di Giustizia con circolare del 26 gennaio 1876 e del 10 marzo 1883. La legge federale svizzera del 1874 dispone pure con gli articoli 31 e 37 che gli uffiziali preposti a celebrare il matrimonio non possano ciò fare, che in seguito ad una dichiarazione dell'autorità competente straniera, che constati che il matrimonio concluso dallo straniero sarà per essere riconosciuto valido ed efficace nella patria di lui. Le difficoltà però che sono sôrte in pratica per osservare tale disposizione hanno contribuito in gran parte a renderla frustranea.

547. Giova notare, che nei casi, nei quali può essere consentito agli stranieri di celebrare il matrimonio dinanzi all'agente diplomatico o consolare dello Stato a cui appartengono (lo che, come dicemmo innanzi può accadere soltanto quando entrambi i contraenti sieno cittadini dello Stato dall'agente diplomatico rappresentato), debba essere pure concesso ai medesimi di osservare a riguardo della forma la legge della patria. Lo che diciamo, non già pel principio della estraterritorialità delle case addette alla Legazione, ma in virtù del principio

generale, il quale ammette che sia in facoltà degli stranieri cittadini della stessa patria di osservare la legge di lei in quanto alla forma dei loro atti. Da questo ne deriva, che i cittadini della stessa patria che vogliono celebrare il matrimonio all'estero debbano osservare a riguardo delle formalità la legge della patria, se si uniscano in matrimonio dinanzi al loro agente diplomatico o consolare, o quelle prescritte dalla legge territoriale, se preferiscano celebrarlo dinanzi all'uffiziale dello stato civile del paese straniero.

548. Questa regola deve valere anche per i matrimonii celebrati in Turchia. Non può infatti essere negato agli stranieri ivi residenti di potere celebrare il matrimonio osservando per le solennità la legge territoriale. Alcune Corti, e tra esse la Corte di Napoli, avevano ritenuto che, siccome i distretti consolari stranieri, in virtù delle Capitolazioni, godono il privilegio della estraterritorialità, i cittadini appartenenti ad uno di codesti distretti doveano essere tenuti ad osservare necessariamente per la forma del matrimonio la legge del proprio paese (1).

Più consentaneo ai giusti principii è l'ammettere, che nè le Capitolazioni tra gli Stati europei e la Turchia, nè la pretesa finzione dell'estraterritorialità possano modificare l'applicazione della regola *locus regit actum* nell'Impero Ottomano: laonde si deve riguardare valido a riguardo della forma il matrimonio celebrato con le solennità prescritte dalla legge territoriale (2).

---

(1) 7 febbraio 1870 (Del Balzo), *Gazzetta del Procuratore*, 1870, p. 8.

(2) Vedi in senso conforme Cass. di Torino, 29 luglio 1870; *Monitore dei Tribunali*, 1870, pag. 749, e Cass. fr., 18 avril 1865; Dalloz, 1865, p. 348.

CAPITOLO II.

Prova della celebrazione del matrimonio.

5 9. Principio generale circa la prova del matrimonio celebrato. — 550. Se il possesso di stato possa tener luogo dell'atto di celebrazione. — 551. Osservazioni sull'opinione di Brocher. — 552. Come l'atto sottoscritto da un Rabbino possa valere a provare il matrimonio celebrato. — 553. Della prova del matrimonio data dai figli. — 554. Se la legge che ammette il possesso di stato a favore dei figli, che intendono stabilire la loro legittimità, possa essere invocata da stranieri.

549. Il matrimonio dev'essere in massima comprovato mediante un atto qualsiasi, che constati la sua celebrazione. Così bisognerà riferirsi alla legge del paese, ove sia stato celebrato, onde decidere dell'efficacia di un atto addotto per provarne l'esistenza. Si dovrà applicare anche in questo caso la regola generale, la quale stabilisce che la prova di qualsisia negozio giuridico, posto in essere sotto l'impero di una data legge, debba essere retta dalla legge medesima, sotto di cui il negozio ebbe vita. Conseguentemente nei paesi, nei quali i registri di matrimonio sono conservati nella parrocchia, come accade in Inghilterra, il certificato del pastore da lui firmato, e rivestito delle legalizzazioni necessarie per gli atti destinati a far fede all'estero, dev'essere reputato come prova autentica della celebrazione del matrimonio (1).

550. Non possiamo ammettere poi, che la stessa regola possa essere applicata per decidere in massima se il possesso di stato allegato da ambedue i coniugi possa tener luogo dell'atto di celebrazione di matrimonio, ed essere idoneo ad esonerarli dall'obbligo di presentare l'atto stesso. Non ci pare infatti che cotesta questione possa essere risoluta applicando la regola *locus regit actum*, imperocchè il decidere se colui che reclami il titolo di coniuge, possa efficacemente ciò fare senza presentare l'atto di celebrazione del matrimonio, e se il possesso di stato

(1) Confr. Bruxelles, 26 novembre 1875 (Cabert), *Pasicrisie belge*, 1876, 2, 54; Pradier-Fodéré, *Droit intern.*, t. III, § 1736.

possa tener luogo dell'atto, è questione che deve stare sotto l'impero dello statuto personale (1). Certamente se nel paese in cui sia seguito il matrimonio non fossero tenuti nè i registri dello stato civile, nè quelli della parrocchia, e vi fosse ammesso come prova efficace del celebrato matrimonio l'atto di notorietà di essere due persone vissute come marito e moglie, tale atto dovrebbe essere considerato come prova sufficiente della celebrazione del matrimonio, e così fu ritenuto pure dalla Cassazione francese (2). Il tribunale in tale ipotesi non dovrebbe rigettare l'ammissibilità dell'atto di notorietà come mezzo di prova, ma limitarsi soltanto ad apprezzare in fatto se la coabitazione, constatata mediante codesto atto, avesse i caratteri richiesti onde stabilire la pubblica fama di essere due persone vissute come marito e moglie.

Non osterebbe in questo caso l'addurre, che secondo la legge personale dei coniugi il possesso di stato, quantunque allegato da ambedue, non potesse dispensarli dal presentare l'atto di celebrazione. Imperocchè, se pure la legge personale così disponesse, essa contemplerebbe evidentemente i matrimonii celebrati in un paese in cui, esistendo i registri dello stato civile conservati dalla podestà civile o dall'ecclesiastica, potrebbe essere prodotto l'atto di celebrazione del matrimonio, ma non contemplerebbe parimente il caso del matrimonio celebrato in un paese, ove l'esistenza legale di un matrimonio potesse essere constatata mediante l'atto notorio della coabitazione seguita alla pubblica dichiarazione di volere convivere come marito e moglie. In questo secondo caso, senza invalidare la regola generale, che cioè la questione, se il possesso di stato debba essere efficace a stabilire lo stato delle persone, deve ritenersi in massima sotto l'impero dello statuto personale, il matrimonio dovrebbe ritenersi comprovato in virtù dell'altra regola, che cioè la prova di qualsisia rapporto giuridico, posto in essere sotto l'impero di una data legge, dev'essere data in conformità della regola *locus regit actum*.

---

(1) Confr. Cour de Lyon, 28 février 1880 (Desaye), *Journ. droit privé*, 1880, pag. 479.

(2) Cass. 13 janvier 1857 (De Valmy), *Journal du Palais*, 1857, p. 398.

551. Noi quindi non possiamo dividere l'opinione di Brocher, il quale sostiene che il semplice possesso di stato debba essere ritenuto sufficiente, quando sia ammesso dalla legge del paese, in cui il matrimonio abbia avuto luogo, dal che egli deduce che la disposizione degli art. 194-95 del Codice civile francese, ai quali sono conformi gli articoli 117 e 118 del Codice civile italiano, sieno applicabili soltanto ai matrimonii celebrati nello Stato. Noi invece opiniamo, che tali articoli sieno applicabili anche ai matrimonii celebrati dai francesi e dagli italiani all'estero, sempre chè questi abbiano celebrato il matrimonio in un paese, in cui poteva essere costituita la prova della celebrazione mediante l'atto di stato civile: ma la disposizione dell'art. 195 Codice francese, 118 Codice italiano, non è d'ostacolo a che la legge del luogo della celebrazione possa essere applicata per quello che concerne la forma dell'atto civile, e la prova di esso, la quale potrà pure risultare da documenti, da scritture e da testimonianze, se questo fosse sufficiente secondo la legge del paese, e così pure dovrebbe ammettersi l'atto di notorietà nel caso dinanzi contemplato.

552. A norma della legge russa del 25 giugno 1836, che regola la materia del matrimonio nella Polonia russa, è disposto coll'art. 179 che i matrimonii tra persone appartenenti al culto israelitico sono sommessi sotto ogni rapporto ai precetti della religione mosaica. L'articolo 185 dispone quindi, che il matrimonio tra di esse dev'essere celebrato dal ministro del loro culto e secondo il rito della loro religione. Al Rabbino è imposto soltanto (art. 187) di recarsi coi testimonii e con gli sposi presso l'ufficiale dello stato civile, e di fare iscrivere da questi l'atto di matrimonio conformemente all'art. 58, relativo al matrimonio dei cattolici.

L'art. 232 dispone per altro, che, quando non sia stato redatto alcun atto di matrimonio, e che non si trovi alcuna traccia di esso nei libri dello stato civile o nei libri della Chiesa, la prova dell'avvenuta celebrazione può essere data mediante documenti o mediante testimonii

Ora non dubitiamo di affermare che il matrimonio celebrato in Polonia da due italiani israeliti possa essere provato mediante un documento sottoscritto dal Rabbino, o mediante testimonii, e che tale documento o tale prova testimoniale congiunta col possesso di stato

debba ritenersi come prova conclusiva del matrimonio celebrato. La ragione per noi è sempre la stessa, che cioè la forma dell'atto di celebrazione deve stare sotto la regola *locus regit actum*, e siccome a norma della legge vigente nella Polonia russa tale atto può essere costituito mediante documenti o mediante la prova testimoniale, così il documento esibito o la prova testimoniale dovrà tener luogo anche rispetto a noi dell'atto di celebrazione (1). Conseguentemente se le parti presentassero, ad esempio, il contratto da esse fatto dinanzi al Rabbino e conosciuto col nome di *Kroubé* o di *Kétoubah;* tale atto dovrebbe essere reputato efficace a stabilire la celebrazione del matrimonio, non ostante che questo non fosse stato iscritto nei registri dello stato civile russo. Lo che diciamo in applicazione della regola che la prova dei fatti giuridici dev'essere data in conformità della *lex loci actus.*

553. L'esistenza del matrimonio può in certi casi essere dedotta dai figli, che reclamino lo stato di legittimità e le regole testè esposte non possono valere in tale ipotesi. Troviamo infatti, che anche nel diritto canonico fu fatta la distinzione tra la prova del matrimonio *quoad substantiam*, e quella *quoad legitimitatem et successionem filiorum* e mentre nel primo caso si richiedeva la *probatio plenior*, nel secondo si riteneva sufficiente quella per semplici congetture (2). Nel diritto moderno sono prevalsi gli stessi principii, e parecchie leggi hanno considerato la presunzione dell'esistenza del matrimonio, quando questo dev'essere stabilito nell'interesse dei figli, che reclamino la legittimità, più estesa e più larga che a riguardo di ogni altro fatto giuridico.

554. A seconda del Codice francese, che non considera il possesso di stato rispetto ai coniugi sufficiente a surrogare l'atto di matrimonio (art. 195), è ammesso non ostante, che quando esistano figli di due persone, che abbiano pubblicamente vissuto come marito e moglie, e che sieno morte ambedue, la legittimità dei figli non possa essere impugnata, pel solo motivo che manchi la prova della celebrazione del matrimonio, ogni qualvolta che tale legittimità sia provata da un possesso di stato, che non si trovi in opposizione dell'atto di nascita

(1) Confr. Trib. de la Seine, 14 mars 1879, CLUNET, *Journal*, 1879, p. 547.
(2) PATIANUS, *De probationibus*, lib. II, cap. XVI, § 44.

(art. 197). È lo stesso secondo i Codici modellati su quello francese; secondo il Codice italiano (art. 120), e secondo il diritto inglese (1).

A primo aspetto potrebbe parere, che trattandosi di stabilire lo stato di legittimità tutto dovesse dipendere esclusivamente dallo statuto personale, dal quale dovrebbero essere retti altresì i rapporti di filiazione; e che conseguentemente si dovrebbe ammettere che la disposizione dell'art. 197 del Codice francese e quella delle altre leggi ad essa simile, potesse essere utilmente invocata dai cittadini dello Stato soltanto, e non già dagli stranieri.

Dobbiamo nonpertanto osservare che, ritenendo sempre in principio che la questione dell'efficacia del possesso di stato debba essere governata dallo statuto personale, la disposizione di una legge territoriale, la quale ammetta la presunzione risultante dal possesso di stato nel caso in parola, debba essere ammessa anche a riguardo degli stranieri, perchè essa tende veramente a surrogare la presentazione dell'atto di matrimonio nell'ipotesi che debba essere esibito a fine di dare la prova della celebrazione di esso, e sotto questo rispetto deve essere considerata come una disposizione di diritto sociale.

Basti considerare che gli articoli 197 e 120 citati contemplano il modo di dare la prova del matrimonio nel caso in cui per la mancanza dell'atto di celebrazione sia contestata la legittimità. Si tratta infatti di uno, che dev'essere reputato figlio in base all'atto di nascita, ma della legittimità del quale si dubiti per la ragione che esso non può presentare l'atto di matrimonio. Il legislatore volendo venire in aiuto di colui, che si trova nell'impossibilità di produrre la reclamata prova del matrimonio celebrato dai suoi genitori, e tenendo presente le grandi difficoltà per parte del figlio di produrre l'atto di matrimonio, quando i genitori di lui sieno morti, dispone che il solo motivo della mancanza della produzione della prova della celebrazione del matrimonio dei genitori non debba essere per sè stessa un motivo per contestare la legittimità di uno che abbia il possesso di stato di

(1) STEPHEN, *A Digest of the law of evidence*, art. 53; HUBBACK *A treatise of evidence*, pag. 249, il quale riporta molte decisioni delle Corti inglesi.

figlio legittimo, possesso di stato che non si trovi in opposizione coll'atto di nascita. Ci sembra evidente, che questa debba essere guardata come una disposizione di diritto sociale, ed applicabile come tale ai cittadini ed agli stranieri. Non si tratta in verità di possesso di stato per stabilire il rapporto di filiazione, come accade nell'ipotesi che manchi l'atto di nascita, il quale rapporto deve dipendere esclusivamente dallo statuto personale, col quale si deve decidere ogni controversia relativa ai rapporti di filiazione, si tratta invece di possesso di stato in attinenza colla prova di matrimonio. Ora si può innanzi tutto sostenere che le presunzioni in materia di prove debbano essere rette dalla legge territoriale; si può inoltre addurre che siccome, nell'ipotesi che esaminiamo, potrebbe pure restare incerto il luogo in cui il matrimonio fosse stato celebrato, così non si potrebbe escludere la presunzione, che il matrimonio fosse stato celebrato nello Stato stesso ove vigesse la legge, intorno a cui discutiamo, vale a dire che esso fosse stato celebrato, ad esempio, in Francia o in Italia, lo che renderebbe più certamente applicabile la disposizione dell'art. 197 del Codice civile francese e quello 120 del Codice civile italiano, in virtù del principio *locus regit actum* in materia dei mezzi di prova. Si potrebbe poi in ogni caso sostenere, che siccome le disposizioni mentovate devono considerarsi come disposizioni di ordine pubblico, perchè esse tendono a favorire la legittimità dei figli nati da persone, che siano vissute pubblicamente come marito e moglie, e che si trovino nella impossibilità di produrre l'atto di matrimonio dei loro genitori, e siccome si può dire generalmente accettato il principio di diritto comune stabilito dallo stesso diritto canonico, che cioè bisogna essere più larghi nell'ammettere l'esistenza del matrimonio ogniqualvolta che questa sia contestata *quoad legitimitatem et successionem filiorum*, così l'applicazione della legge territoriale da noi esaminata, a riguardo degli stranieri che si trovassero nel caso da essa contemplato, dovrebbe indubitatamente essere ammessa.

CAPITOLO III.

Delle opposizioni al matrimonio e delle azioni per il suo annullamento e per la sua nullità.

555. — Il diritto di opposizione al matrimonio dev'essere governato dallo statuto personale. — 556. In che dev'essere applicata la legge territoriale. — 557. Come sieno gravi le questioni relative alla nullità del matrimonio, sopratutto per la mancanza di un diritto uniforme a riguardo alla legge che deve regolarle. — 558. Proposte fatte per eliminare gl'inconvenienti che nell'attualità si verificano. — 559. Principii generali per risolvere le questioni di nullità del matrimonio celebrato all'estero. — 560. Al matrimonio giuridicamente inesistente devono essere applicate regole diverse. - 561. Azione di nullità fondata sulla mancanza dell'età richiesta. — 562. Nullità fondata sulla mancanza del consenso. — 563. Legge che deve regolare l'azione fondata sulla frode, suoi raggiri e sui mezzi dolosi. — 564. Delle altre cause che possono viziare il consenso. — 565. Azione fondata sulla mancanza del consenso delle persone chiamate a prestarlo. — 566. Osservazioni sulla giurisprudenza francese circa la mancanza del consenso degli ascendenti o degli atti rispettosi. — 567. Della clandestinità volontaria nel caso di matrimonio celebrato all'estero. — 568. Conseguenze della mancanza del consenso degli ascendenti o di altre persone. — 569. Conseguenze che possono derivare dall'omissione delle pubblicazioni: diritto francese, diritto italiano. — 570. Regola generale a tale riguardo. — 571. Della iscrizione del matrimonio celebrato all'estero. — 572. Nullita per l'inosservanza delle formalità richieste. — 573. Si esamina la quistione se il matrimonio celebrato col rito religioso, e difettoso per la forma secondo il diritto canonico, debba essere reputato tale di fronte al diritto civile. — 574. Azione di nullità fondata sulla mancanza di capacità. — 575. Dell'impedimento per differenza di religione. — 576. La legge che inibisca il matrimonio tra persone di diverso colorito non può avere autorità estraterritoriale. — 577. Lo stesso dev'essere di quella che inibisca il matrimonio tra persone appartenenti a classi diverse. — 578. Dell'impedimento fondato sull'ordine sacro o sui voti sacri. — 579. Si esamina il caso in cui la legge personale, circa l'impedimento per l'ordine sacro, possa non avere autorità estraterritoriale. — 580. Azione di nullità fondata sull'impotenza. — 581. Azione di nullità fondata sulla legge territoriale. — 582. Esistenza di un precedente matrimonio. — 583. Questioni circa il matrimonio poligamico. — 584. Come debba essere prestabilita l'esistenza del precedente matrimonio. — 585. Del

555. La facoltà di fare opposizione al matrimonio è attribuita da ciascuna legge a fine di tutelare i diritti delle persone, delle quali è richiesto il consenso, o di quelle che abbiamo un interesse attuale ad impedire che il matrimonio sia celebrato, o perchè ne esista un altro; o perchè sciolto il primo non sia stato provveduto a norma di legge a tutelare gl'interessi patrimoniali dei figli nati durante il medesimo; o perchè un impedimento assoluto e dirimente osti alla sua celebrazione.

Ci sembra chiaro, che il diritto all'opposizione, nei casi nei quali sia motivato dalla ragione di tutelare i rapporti tra i membri della famiglia, ed i loro interessi patrimoniali, debba essere retto dalla legge, alla quale la famiglia stessa deve rimanere ovunque soggetta, e che deve regolarne gl'interessi. In un sol caso codesto diritto può essere retto dalla legge territoriale, e ciò accade quando essa lo concede a fine di tutelare il diritto sociale e l'ordine pubblico, lo che avviene quando la medesima attribuisce al Pubblico Ministero la facoltà d'opporsi alla celebrazione del matrimonio a cagione dell'esistere un impedimento assoluto, che ad esso osti.

Non solo deve riconoscersi la competenza della legge personale in quanto al diritto di opposizione, ma altresì per quello che di questa concerne l'ammissibilità, e siccome l'ufficiale dello stato civile non può giudicare in merito dell'istanza di opposizione fatta da uno straniero, così, quando essa apparisca fondata sul diritto, incombe a lui di soprassedere, fino a tanto che il magistrato competente non abbia deciso, se l'opposizione debba essere ammessa, o se debba invece essere dichiarata inattendibile ed inefficace. Dovrà parimente appli-

carsi la legge estera per determinare le persone, alle quali può competere il diritto di domandare la rimozione dell'opposizione, e le conseguenze giuridiche dell'opposizione fatta, e rigettata, a riguardo degli opponenti.

556. La legge territoriale deve essere applicata per quello che concerne la forma con cui l'opposizione deve essere fatta, come ad esempio può essere l'elezione del domicilio per parte dello straniero opponente. Bisogna però notare, che, quando lo straniero adempiendo alla disposizione della legge territoriale per la regolarità dell'opposizione, e a solo fine di ottemperare a quanto codesta legge disponga, faccia l'elezione di domicilio nell'atto di opposizione, tale circostanza non potrebbe modificare le regole generali circa la competenza a riguardo delle controversie relative a questioni di stato tra stranieri.

557. Le questioni che concernono la nullità degli atti giuridici sono di per sè stesse gravi e complesse. Quelle poi a cui può dar luogo la nullità del matrimonio sono più delicate e più gravi di tutte avuto riguardo alle conseguenze che derivano dallo sciogliere il matrimonio e per conseguenza la famiglia mediante esso costituita. La difficoltà diventa poi maggiore a cagione della mancanza di un diritto uniforme in questa materia.

Alcune legislazioni ammettono infatti che la nullità debba essere fondata sulla legge personale, che deve regolare il matrimonio celebrato dai cittadini all'estero. Così ad esempio dispone il legislatore italiano, il quale, avendo sancita la regola che i rapporti di famiglia debbano essere regolati dalla legge della nazione, a cui le persone appartengono, ha così espressamente disposto, che le questioni circa le cause di nullità del matrimonio e le azioni relative debbano essere rette dalla legge nazionale della famiglia, salvo solo i casi nei quali deve applicarsi la legge territoriale per poter contrarre un matrimonio valido, e nei quali l'azione di nullità può essere fondata sulla legge italiana che sancisce le condizioni per poterlo contrarre validamente (1). Altre leggi invece considerano sotto ogni rispetto decisiva

(1) Vedi la mia opera sulle *Disposizioni generali delle Leggi*, vol. II, § 569.

la legge del luogo in cui il matrimonio sia stato celebrato, e questa è la teoria la più prevalente in Inghilterra e negli Stati Uniti d'America. Altre finalmente ammettono che l'azione di nullità possa essere ammessa solamente, quando riposi sulla *lex loci actus* e sulla legge personale.

A norma dell'art. 54 della legge federale svizzera del 24 dicembre 1874 è così disposto: « un matrimonio celebrato all'estero sotto l'impero della legislazione ivi vigente non può essere dichiarato nullo, che allorquando la nullità risulti nello stesso tempo a seconda della legislazione straniera, e delle disposizioni della presente legge ».

Applicando tale disposizione nella causa dei coniugi Bacs decisa il 6 ottobre 1883 (1) si è pure verificato il caso di un matrimonio che non poteva essere dichiarato nullo di fronte alla legge svizzera, perchè esso aveva tutti i requisiti di validità a norma di cotesta legge, non ostante che esso doveva essere reputato nullo a norma della legge nazionale del marito (2), e che non poteva neanche essere sciolto mediante divorzio nella Svizzera, perchè a norma dell'art. 56 della citata legge svizzera è disposto, che a riguardo dei matrimoni tra stranieri non possa essere ammessa un'azione per divorzio, eccetto che nel caso che sia stabilito che a norma della legge dello Stato dei coniugi la sentenza di divorzio sarà per essere riconosciuta (3).

In altri paesi si verifica inoltre il caso, che i tribunali si reputino pure autorizzati a creare motivi speciali di nullità per i matrimonii celebrati dai cittadini all'estero, in opposizione al canone giuridico

---

(1) Vedi i particolari del caso e i testi delle sentenze come sono esposte da LEHR nel *Journ. du droit intern. privé*, 1884, pag. 483, e l'importante articolo del professore RITTNER, *Observation sur les divorces entre étrangers à propos d'un cas singulier de mariage suisse-hongrois*, ivi, 1885, p. 152.

(2) Il marito essendo ungherese non poteva secondo la sua legge celebrare un matrimonio valido che dinanzi al ministro della propria religione. L'intervento del ministro del culto è richiesto secondo la legge ungherese per la validità del matrimonio, ed è quindi nullo secondo quella legge il matrimonio che non sia celebrato dinanzi al ministro della propria confessione religiosa.

(3) Essendo il marito cattolico il divorzio non poteva essere valido in Ungheria.

relativo alle nullità, il quale ammette, che non si possano creare per induzioni o per analogia motivi di nullità oltre quelli tassativamente enumerati dal legislatore. Così si pratica in Francia, ove i tribunali hanno stimato di poter creare con l'interpretazione della legge cause eccezionali di nullità, per matrimonii celebrati da francesi all'estero come ad esempio sono quelle della mancanza delle pubblicazioni e della clandestinità (1).

558. Tutti i giuristi sono concordi nel riconoscere che tale stato di cose arreca il più grave pregiudizio allo stato delle famiglie, perchè non si può sapere con certezza quando un matrimonio celebrato all'estero sia o non sia attaccabile, e neanche si può determinare sicuramente la legge secondo cui il tribunale investito della causa deve decidere circa l'azione di nullità.

Ad eliminare tali inconvenienti hanno alcuni progettato d'istituire una giurisdizione internazionale per decidere le controversie relative ai matrimonii celebrati all'estero (2). A noi sembra veramente più confacente allo scopo lo stabilire regole uniformi onde determinare la legge che deve avere autorità a riguardo delle condizioni necessarie per poter contrarre matrimonio all'estero, e, per quello poi che concerne le questioni di validità e di nullità, l'applicare la massima generale, la quale stabilisce che per le questioni di stato personale la giurisdizione ordinaria competente debba essere quella della patria di ciascuno.

Fino a tanto che non si arrivi a stabilire un tale diritto uniforme, sarà naturale, che i tribunali dei singoli paesi debbano decidere a norma della legge in essi vigente le questioni di nullità. Il nostro còmpito dev'essere quindi limitato ad esporre i principii secondo cui nell'attuale stato di cose tali controversie devono essere risolute.

---

(1) Vedi in seguito quanto concerne questo speciale argomento, §§ 566, 67, 69.

(2) Tale proposta fu fatta da prima da M. A. Garnier, ufficiale dello stato civile della città di Berna, in un'opera intitolata *Aufzeichnungen betreffend die Eheschliessung von Ausländern in der Schweiz*. È stato poi pubblicato uno studio speciale sullo stesso argomento da Lehr nel *Journal du droit intern.*, 1884 pag. 49. *D'un projet de règlement international en matière de mariage.*

559. In massima possiamo stabilire, che la legge, secondo la quale devono decidersi le questioni di nullità di matrimonio, deve essere quella medesima a cui spetta di fissare le condizioni necessarie onde poterlo contrarre validamente, tenendo conto delle distinzioni fatte nel precedente capitolo; e che a norma della legge stessa debba essere determinato a chi possa competere l'azione; il termine entro cui può essere esercitata; le eccezioni che si possono utilmente opporre. Conseguentemente siccome il matrimonio è soggetto sotto un certo rispetto alla legge personale degli sposi, che intendono di coniugarsi, sotto un altro a quella del luogo ove la sua celebrazione è avvenuta, così l'azione di nullità potrà essere fondata sulle disposizioni dell'una e dell'altra legge.

La nullità del matrimonio deve essere sempre pronunciata con sentenza, sia quando essa è assoluta e derivi di pieno diritto dalla legge stessa, sia quando è la conseguenza dell'azione attribuita a certe persone di provocare l'annullamento del matrimonio. Sì nell'uno che nell'altro caso deve prevalere la presunzione della validità del matrimonio, e quindi esso deve essere reputato efficace per tutti gli effetti civili, fino a tanto che il magistrato competente non ne abbia pronunciata la nullità o l'annullamento. Al giudice investito della causa incombe di esaminare, quando sia il caso di nullità sostanziale se il precetto imperativo della legge sia stato o no di fatto violato; quando poi sia il caso di annullabilità, egli deve non solo esaminare, se il precetto legislativo sia stato di fatto violato, ma deve inoltre decidere in diritto, se la violazione sia di tale natura da giustificare l'annullamento.

560. L'azione di nullità o di annullabilità si riferisce veramente al matrimonio, che abbia i requisiti per essere reputato giuridicamente esistente, ma che non ne abbia però tutti quelli, che sono richiesti secondo la legge per essere reputato giuridicamente valido. E perciò non può essere il caso di applicare al matrimonio giuridicamente inesistente quelle medesime regole che concernono i casi di nullità o di annullamento di un matrimonio legalmente celebrato. Nell'ipotesi di matrimonio giuridicamente inesistente l'azione tende a far constatare il fatto, che cioè l'unione non ebbe nulla di quello che è richiesto per costituire un matrimonio secondo il diritto positivo. Da ciò deriva, che

le regole applicabili nel caso di nullità o di annullabilità di un matrimonio non possono valere per il matrimonio giuridicamente inesistente. Il primo, essendo di per sè un fatto civile, può produrre certe conseguenze civili, e dar luogo a certi diritti e a certe obbligazioni reciproche tra le persone, che lo posero in essere, quando la sentenza, che ne pronunzia l'annullamento, faccia svanire gli effetti civili annessi al matrimonio come tale; mêntre invece il matrimonio inesistente secondo la legge civile, non essendo stato in nessun momento un fatto civile, non può produrre le conseguenze civili del matrimonio annullato, per la nota massima *quod nullum est ab initio, nullum producit effectum* (1).

Premesse queste generalità passiamo ad esaminare partitamente quanto concerne le azioni di nullità.

561. Il diritto di domandare l'annullamento del matrimonio, essendo un diritto personale attribuito dalla legge o per tutelare gli interessi delle persone, che si uniscono in matrimonio, o per conservare certi rapporti di dipendenza e di subordinazione tra le persone della stessa famiglia, è naturale, che debba dipendere dallo statuto personale, e che secondo questo debba essere determinato quando l'istanza di annullamento debba essere ammessa, e quando la persona abbia perduto il diritto di farla.

Tale è innanzi tutto l'istanza di annullamento nel caso, che ambedue i contraenti non avessero avuto l'età richiesta dalla legge (2). Avendo detto innanzi come l'età debba essere determinata a norma della legge personale di ciascuno, si comprende, perchè codesta istanza

---

(1) Così deve dirsi ad esempio del matrimonio celebrato col solo rito religioso in Italia, il quale non ha esistenza giuridica come atto dello stato civile, e perciò non può produrre nessun effetto civile. Vedi Corte di cassazione di Palermo, 1° settembre 1875, giornale *La Legge*, 1876, 12; Cass. di Torino, 7 luglio 1875, *Monitore dei Tribunali*, 1875, 793.

(2) L'età a cui si può contrarre matrimonio è fissata a 21 anno per l'uomo e 15 per la donna secondo la legge svedese e 20 e 16 secondo le leggi della Norvegia e della Danimarca, 18 e 16 legge russa (culto cattolico), 18 e 16 Paesi Bassi, 18 e 15 legge italiana e francese. La legge per l'Impero Germanico del 1875 ha fissato l'età legale per tutto l'Impero a 20 anni per l'uomo e 16 per la donna.

non possa fondarsi sulla circostanza della mancanza dell'età richiesta secondo la legge del luogo ove il matrimonio sia stato celebrato.

Vogliamo soltanto notare, che nell'ipotesi che la legge territoriale concedesse al Pubblico Ministero di provocare l'annullamento del matrimonio a cagione della mancanza dell'età richiesta (come avviene a norma della legge italiana, art. 104 Codice civile) non potrebbe essere esclusa l'azione per parte del medesimo per la considerazione che essa non competesse al Pubblico Ministero secondo la legge dello straniero. Bisogna tener presente, che in ogni caso, in cui la legge territoriale legittima l'intervento del Pubblico Ministero, mira a tutelare il diritto sociale e l'ordine pubblico interno, e la sua autorità non può essere limitata in considerazione di una legge straniera. Sarà sempre vero che il Pubblico Ministero non potrà promuovere l'annullamento del matrimonio, se non quando manchi l'età richiesta secondo la legge personale dello straniero, e quando la mancanza dell'età sia una causa di annullamento, ma, date tali circostanze, non potrebbe essere escluso l'intervento di lui, supposto che la legge territoriale lo ammetta.

562. Il diritto di domandare l'annullamento di matrimonio per la mancanza del consenso personale degli sposi deve reputarsi ordinato a tutelare i diritti della personalità umana. Conseguentemente riteniamo, che anche nell'ipotesi che secondo la legge personale della donna straniera fosse concesso al padre o ai parenti maschi di lei di acconsentire per essa al matrimonio, e di costringerla ad unirsi all'uomo da loro designatole per marito contro la sua volontà, dovrebbe non pertanto ammettersi l'azione di annullamento per parte della donna, costretta a pronunziare il suo *sì*, in tutti i paesi civili, nei quali, come è in Francia e in Italia, il matrimonio può essere impugnato da quello degli sposi, del quale non sia stato libero il consenso. Non varrebbe addurre in tale ipotesi, che il costringimento, essendo stato legale a norma della legge personale, non potrebbe avere il carattere della violenza, perchè questo sarebbe uno dei casi, nei quali non dovrebbe ammettersi l'autorità dello statuto personale, in quello che offende i diritti della personalità umana, perchè ciò equivarrebbe a violare il diritto pubblico interno. Opiniamo quindi che, quando l'istanza di

annullamento fosse fatta nei termini prescritti dalla legge territoriale, dovesse essere ammessa senz'altro per ragioni di ordine pubblico.

563. Una questione veramente delicata potrebbe sorgere nell'ipotesi che a norma della legge personale straniera l'istanza di annullamento potesse essere fondata sulla frode, sui raggiri e sui mezzi dolosi adoperati per fare acconsentire la donna (1), supposto che tale motivo di annullamento non fosse contemplato dalla legge del marito di lei. Si potrebbe addurre, che quando il matrimonio fosse stato celebrato, e riunisse tutti i requisiti a cui la legge ne subordinasse l'esistenza giuridica, non potesse essere annullato applicando la legge personale della donna, in opposizione a quella dell'uomo, che fosse divenuto marito di lei; ed inoltre che quando il legislatore di uno Stato, a fine di evitare una serie d'intricati processi, avesse esclusa la frode dai motivi per provocare l'annullamento, dovesse reputarsi contro l'ordine pubblico interno l'ammettere l'azione di annullamento fondata su tale motivo.

Dobbiamo però osservare, che il diritto di promuovere l'annullamento, nell'ipotesi in parola, può reputarsi personale della donna: che, bisogna poi tener conto, che il legislatore del paese di lei concedendo tale azione ha dovuto naturalmente tenere presenti gli usi e i costumi nazionali; che se in un altro paese i raggiri fraudolenti non siano considerati tra i motivi d'annullamento, questo ha potuto dipendere da che il legislatore di tale paese, valutando la resistenza che incontrano i raggiri fraudolenti, ha potuto fare debito assegnamento su tale resistenza, e non reputare utile l'azione d'annullamento; che la buona fede della donna straniera ha potuto con facilità essere sorpresa, perchè essa sapeva, che in caso di raggiri aveva il diritto di domandare l'annullamento del matrimonio, al quale acconsentiva; che tale diritto di lei essendo anteriore al matrimonio non può essere assoggettato alla legge regolatrice della famiglia costituita, e che d'altra parte poi non può ritenersi contro l'ordine pubblico interno, che lo straniero eserciti l'azione di annullamento in conformità della legge estera che deve regolare il suo diritto.

---

(1) Secondo il *Landrecht* prussiano la frode è annoverata tra le cause di annullamento del matrimonio.

Per tali ragioni opiniamo, che l'istanza di annullamento di matrimonio pel motivo della frode e dei raggiri adoperati per estorquere il consenso, promossa per parte di una straniera a norma della legge personale di lei, debba essere ammessa dinanzi ai tribunali del paese del marito, ove sia in vigore la legge che disponga diversamente.

564. A riguardo delle altre cause, che viziando il consenso possono legittimare l'azione per annullamento, bisognerà pure tener presente quanto disponga la legge personale dell'uno e dell'altro contraente. Così dovrà dirsi dell'errore sulla persona. Esso a seconda di certe leggi può motivare l'istanza, quando sia caduto sulla persona fisica: a seconda di altre, può essere sufficiente che esso cada su certe qualità essenziali, come sono ad esempio la mancanza di verginità, un'infermità ripugnante, una malattia venerea, ed altre somiglianti condizioni (è così secondo il *landrecht* prussiano): altre non reputano sufficiente l'errore sulle qualità, quelle escluse soltanto, che devono essere considerate come qualità costitutive della personalità civile (1). In ogni caso deve valere la regola, che siccome il diritto a domandare l'annullamento a cagione dell'errore, che abbia viziato il consenso, è un diritto personale, così l'istanza dev'essere retta dalla legge personale rispettiva degli sposi.

La nostra regola può essere applicata anche nell'ipotesi, che l'istanza sia fondata sulla circostanza dell'abituale infermità di mente, da cui era affetto lo sposo, che prestò il consenso. Supposto che secondo la legge di lui l'istanza di annullamento non fosse ammessa, quando fosse data la prova di avere egli acconsentito al matrimonio durante il lucido intervallo, tale disposizione potrebbe reputarsi efficace onde rigettare la domanda diretta ad impugnare il matrimonio con-

---

(1) Il Codice francese art. 180 ed il Codice italiano art. 105 parlano di errore sulla persona. La dottrina e la giurisprudenza si sono trovate d'accordo nell'ammettere che la disposizione debba essere intesa non solo nel caso di errore sulla persona fisica, ma in quello altresì che cade sugli attributi che costituiscono la persona civile. V. Demolombe, t. III, § 251 e seg.; Corte di Catania, 19 dicembre 1881 (*Foro Italiano*, 1882, 1, 423): Corte di Napoli, 10 marzo 1877 (*ivi*, 1877, 1, 1360); Cassaz. di Torino, 21 luglio 1883 (*ivi*, 1883, p. 938).

sentito nel lucido intervallo, a meno che non si volesse trovare in questo caso un interesse di ordine pubblico, e non ammettere l'applicazione della legge personale in opposizione ad una legge territoriale, che dichiari l'abituale infermità di mente una delle cause che viziano assolutamente il consenso al matrimonio.

565. La mancanza del consenso delle persone, chiamate secondo lo statuto personale rispettivo degli sposi ad acconsentire al matrimonio, può essere una giusta causa per provocare l'annullamento del matrimonio celebrato senza il consenso delle medesime.

Dovrà applicarsi la legge personale rispettiva della famiglia dell'uno e dell'altro contraente non solo per determinare le persone chiamate ad acconsentire, e i modi per supplire alla mancanza del consenso di esse, ma per decidere altresì, quando l'azione per parte delle persone, delle quali era richiesto il consenso, debba essere ammessa, e i termini entro cui essa debba essere esercitata, e le circostanze che possono estinguerla.

Qui cade in acconcio di notare, che, quando secondo lo statuto personale non vi sia una espressa disposizione di legge, che dichiari in via eccezionale nullo il matrimonio celebrato all'estero senza il consenso delle persone determinate, bisognerà per la validità o per la nullità del medesimo applicare le medesime regole, che sono sancite a norma della legge personale a riguardo del matrimonio celebrato nello Stato, nel caso di mancanza di consenso da parte delle persone da essa indicate. Non varrebbe al certo addurre le norme confermate dalla giurisprudenza dello Stato estero, a fine di attribuire ad esse l'autorità della legge.

566. Secondo la giurisprudenza dei tribunali francesi è stato ammesso, che la mancanza del consenso degli ascendenti, come pure quella degli atti rispettosi richiesti a norma degli art. 151, 152, possano essere una valida ragione per far dichiarare nullo il matrimonio, perchè affetto da clandestinità volontaria, e quindi celebrato in violazione degli art. 170 e 171 del Codice civile (1). Non intendiamo

(1) Confr. Trib. de la Seine 6 août 1886 (Vatew). — Cour de Paris, 22 juillet 1855 (Delamarre).— Trib. de la Seine, 26 avril 1887 (Monvaux). — Clunet, *Journal*, 1885, p. 440; 1887, p. 187 e 476 e i richiami, *ivi*.

discutere cotesta giurisprudenza, osserviamo soltanto, che le massime in virtù di essa stabilite non si possono considerare come regole di diritto, di cui debba ammettersi l'autorità estraterritoriale. Dal principio, il quale stabilisce, che le leggi personali seguono i cittadini, quando si recano all'estero, si può dedurre, che costoro devono sommettersi a quanto esse dispongono, onde celebrare regolarmente il matrimonio in paese straniero. Se però i tribunali dello Stato, di cui la persona è cittadino, avessero con l'interpetrazione della legge mutato il carattere di questa, non si potrebbe ammettere che le loro decisioni dovessero avere l'autorità della legge. Supposto quindi che la legge disponesse, che la omissione degli atti rispettosi potesse dar luogo soltanto all'opposizione, e che quando il matrimonio fosse stato celebrato potesse dar luogo ad una ammenda contro l'ufficiale dello stato civile, se i tribunali del paese, ove fosse in vigore tale legge, avessero poi deciso, che i matrimonii celebrati all'estero, data l'omissione assoluta del consenso e di ogni atto rispettoso, dovessero essere dichiarati nulli, tali decisioni non varrebbero a creare una regola di diritto, perchè in verità il giudice deve applicare la legge, e non può farla da legislatore: nè lice ad esso in materia di matrimonio di estendere con l'interpetrazione i motivi di nullità, oltre a quelli tassativamente fissati dal legislatore.

567. Neanche si può ammettere che i tribunali, senza commettere un eccesso di potere, possono decidere, che il determinato proposito di frodare la legge personale o di sottrarsi a quanto essa disponga recandosi all'estero per celebrare il matrimonio senza consenso e senza atti rispettosi possa essere di per sè stesso un motivo sufficiente a fare dichiarare nullo il matrimonio, quando la nullità del matrimonio, per tali circostanze, non sia espressamente sancita per legge.

La clandestinità volontaria nel caso di matrimonio, celebrato all'estero senza far precedere le pubblicazioni e senza il consenso delle persone chiamate ad acconsentire, può produrre soltanto questo effetto, che cioè l'azione spettante ai parenti di domandare l'annullamento del matrimonio celebrato senza il loro consenso, potendo essere esercitata entro un certo termine, a contare dalla notizia avuta del seguito matrimonio, debba essere ad essi conservata, fino a tanto che non sia

data la prova dagli interessati, che i detti parenti abbiano avuto notizia del matrimonio celebrato all'estero, e che abbiano fatto inutilmente decorrere il termine fissato dalla legge per esercitare l'azione.

568. Reputiamo opportuno di notare, che bisogna in massima decidere secondo lo statuto personale, se la mancanza del consenso degli ascendenti debba produrre la nullità o l'annullabilità del matrimonio, o altre conseguenze: e qualora, a norma dello statuto personale, la mancanza del consenso degli ascendenti o del tutore producesse certe conseguenze legali, ma non quelle di provocare l'annullamento del matrimonio, non potrebbe l'interessato prevalersi di quanto disponesse la legge personale del marito a fine di sostenere a norma di essa l'istanza di annullamento. La ragione è, che la legge personale del marito assoggetta al suo impero entrambi gli sposi, e governa tutti i rapporti tra di loro, che concernono la famiglia da essi costituita, ma siccome l'obbligo di ottenere il consenso o di fare gli atti rispettosi dipende dalla legge a cui è soggetta la famiglia di ciascheduno degli sposi, così dovranno, a norma della legge medesima, essere determinate le conseguenze che dall'omissione degli atti rispettosi o dalla mancanza del consenso degli ascendenti o del tutore possono derivare.

Secondo la legge della Norvegia le donne sono sotto la tutela perpetua, la quale è deferita in 1° luogo al padre, in 2° ai fratelli, in 3° all'avo (preferendo il paterno), in 4° ai collaterali (preferendo quelli della linea paterna). La donna, qualunque sia l'età di lei, non può unirsi in matrimonio senza il consenso del tutore, però la mancanza del consenso non dà luogo all'azione di annullamento, ma soltanto a certe conseguenze patrimoniali, quali sono ad esempio la privazione di certi diritti ereditari. Ora ci pare chiaro, che, se una donna svedese senza consenso del tutore si unisse in matrimonio in Francia o in Italia ad un francese o ad un italiano, non potrebbe prevalersi di quanto dispone la legge francese o l'italiana facendo a norma di essa l'istanza per l'annullamento del matrimonio celebrato senza codesto consenso. La ragione è perchè l'azione di annullamento deve dipendere in tutto dalla legge personale di ciascheduno degli sposi.

569. L'omissione delle solennità richieste per la regolare celebrazione del matrimonio può dar luogo in certi casi alla nullità, questo

però non si può dire di tutte le formalità richieste dalla legge. Una di esse è quella delle pubblicazioni ufficiali destinate a far conoscere a tutti l'intenzione di celebrare il matrimonio. È certo, che le pubblicazioni devono essere fatte a norma della legge del paese ove deve seguire il matrimonio, supposto che esse sieno da essa richieste. Devono farsi altresì nella patria degli sposi, se tale obbligo sia a ciascheduno di essi imposto a norma della propria legge personale; così ad esempio è per i francesi a norma del Codice civile art. 170; per gl'italiani art. 100; per gli austriaci art. 4.

Le conseguenze che possono derivare dall'omissione delle pubblicazioni variano a seconda delle leggi dei diversi Stati. A norma del Codice civile austriaco la mancanza delle pubblicazioni è uno dei motivi di nullità del matrimonio. L'art. 69 di codesto Codice dispone infatti, che per la validità del matrimonio è richiesta la denuncia, e questa consiste nel fare le pubblicazioni a norma dell'art. 70.

In Francia, a proposito dell'applicazione dell'art. 170 del Codice civile, si è discusso largamente sulle conseguenze giuridiche di un matrimonio contratto all'estero senza aver fatto prima precedere in Francia le pubblicazioni. Varie sono state le opinioni sostenute dai giuristi, ed incerta è la giurisprudenza. Alcuni hanno detto che il matrimonio contratto in paese straniero senza avere fatto precedere le pubblicazioni in Francia poteva essere colpito di nullità (1). Questi si sono appoggiati sul testo stesso dell'art. 170, il quale stabilisce: *le mariage contracté en pays étranger entre français et entre français et étrangers sera valable, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63;* dunque, hanno detto, se non è preceduto dalle pubblicazioni dev'essere invalido. Hanno considerato inoltre che il matrimonio può essere annullato per mancanza di pubblicità, che il matrimonio celebrato in paese straniero senza pubblicazioni in Francia, manca assolutamente di pubblicità, e hanno quindi conchiuso che tale matrimonio possa essere annullato. Questa opinione ha ricevuto la sanzione della Cassazione (2). La quale considerando che se-

(1) DELVINCOURT, t. I, p. 68; TOULLIER, t. I, p. 288; MARCADÉ, art. 170, n° 2.
(2) 8 mars 1831; 6 mars 1837; *Dev.*, 1831, I, 111 (Gaubert); *Dev.*, 1837, I, 177 (P... C. P.).

condo il Codice Napoleone non vi è altra sanzione per costringere i contraenti alle pubblicazioni, che la multa all'uffiziale dello stato civile che assiste al matrimonio: che non si può punire un uffiziale straniero: che non si può trovare altra sanzione per impedire ai francesi di eludere la loro legge in territorio straniero, che colpendo i matrimonii di nullità, dichiarò tali matrimonii nulli.

Altri invece hanno detto, che non si possa assolutamente comminare la nullità per mancanza di pubblicazioni, perchè la disposizione contenuta nell'art. 170 è un'eccezione alla regola generale *locus regit actum*: d'altronde l'articolo non commina la nullità, ma stabilisce le norme per quelli che vogliono contrarre matrimonio all'estero, e perciò le disposizioni in esso contenute si devono considerare come regolamentari, non come dirimenti. Hanno inoltre considerato, che è una sufficiente sanzione della disposizione l'ammenda, a cui possono essere assoggettate le parti stesse contraenti, come dispone l'art. 192; che la mancanza di pubblicazioni, che non è una causa di nullità, quando il matrimonio sia celebrato in Francia, non lo può divenire quando il matrimonio sia fatto all'estero (1). Questa opinione ha ricevuto ancora la sanzione di diverse corti imperiali e della Corte di cassazione (2).

La terza opinione finalmente, che negli ultimi tempi ha trionfato nella giurisprudenza francese, sostiene, che spetta ai magistrati di apprezzare le circostanze di fatto, che hanno preceduta e accompagnata la celebrazione del matrimonio, e dichiararlo valido, o nullo per contravvenzione all'art. 170. Anche gli scrittori che sostengono questa opinione si appoggiano al testo stesso dell'articolo, e dicono che, non avendo il legislatore comminato espressamente la nullità, ciò significa che ha voluto lasciare ai giudici una latitudine di appreziazione (3).

---

(1) MERLIN, *Répert.*, *Bans de Mariage*, n° 2: Quest. *De droit. Publications de mariage*; ZACCARIA, § 468; AUBRY e RAU, nota 12; DURANTON 237; TOULLIER, I, 578; DALLOZ, *Juris. gén. Mariage*, t. XIX, p. 225.

(2) 12 février 1833 (D'Hérisson); *Dev.*, 1833, I, 193; Trib. de la Seine, 12 janvier 1884, CLUNET, *Journal*, 1885, 88.

(3) DEMOLOMBE, *Mariage*, n° 225; FŒLIX, *Des mariages contractés en pays étranger*, n° 2 e segg.; PRADIER-FODÉRÉ, *Droit int.*, t. III, § 1721

Questa opinione ha ricevuto la sanzione di diverse Corti imperiali e della Cassazione (1).

La principale ragione, sulla quale cotesta teoria riposa, è questa, che cioè la pubblicità essendo una questione di fatto deve essere rimessa al prudente arbitrio del giudice.

La soluzione della questione di fronte al Codice civile italiano è meno dubbiosa. Il legislatore nostro dopo avere sanciti coll'art. 100 i requisiti richiesti per la validità di un matrimonio seguito in paese estero dispone poi, che le pubblicazioni debbano farsi anche nel Regno a norma degli art. 70 e 71. Ora risulta chiaro dal contesto stesso dell'articolo, che l'omissione delle pubblicazioni non può importare la nullità del matrimonio, ma che può soltanto giustificare l'applicazione della pena dell'ammenda da 200 a 1000 lire che il legislatore commina contro gli sposi, che omettono di far precedere le richieste pubblicazioni (2).

570. Bisognerà quindi in ogni caso riferirsi alla legge regolatrice del matrimonio, onde decidere a norma di essa circa le conseguenze della omissione delle pubblicazioni, tenendo sempre presente, che non lice mai pronunciare la nullità del matrimonio per la sola considerazione dell'essersi gli sposi trasferiti all'estero per frodare la legge nazionale, che imponga ad essi l'obbligo delle pubblicazioni.

Qualora poi la legge nazionale dei contraenti non contenesse alcuna disposizione a riguardo del matrimonio celebrato all'estero, e nulla disponesse circa la validità o nullità di esso in caso di omissione delle pubblicazioni, bisognerà riferirsi alla legge del paese ove il matrimonio fu celebrato considerando le pubblicazioni come una questione che concerne la forma della celebrazione (3).

---

(1) Cass. fr., 8 mars 1875, e la nota nel *Journal du droit inter. pr.*, 1875, p. 190, e Rouen, 1er avril 1874 (*ivi*, p. 273); Trib. civ. de la Seine, 14 juin 1876 (*ivi*, anno 1877, p. 146), e 21 juin 1883 (*ivi*, 1884, p. 67); 6 août 1886 (*ivi*, 1887, pag. 187).

(2) Con una circolare del Ministro francese di Giustizia fu imposto all'ufficiale dello stato civile francese di esigere dagli italiani che vogliano unirsi in matrimonio in Francia la prova delle pubblicazioni fatte in Italia.

(3) Così fu risoluta la questione a proposito di un matrimonio tra svedesi celebrato in Danimarca senza le pubblicazioni, e fu deciso che il matri-

Quello poi che in ogni caso conviene avvertire si è questo, che cioè, siccome le pubblicazioni sono ordinate a rendere pubblico il proposito di celebrare il matrimonio, e costituiscono uno degli elementi principali di cotesta pubblicità, perciò la loro mancanza può essere sempre riguardata dal giudice come una mancanza di fatto della richiesta pubblicità a fine di fare salvi i diritti spettanti ai parenti di promuovere l'azione per far dichiarare nullo il matrimonio, e per fissare il termine entro cui cotesta azione possa essere da essi utilmente esercitata, ritenendo affetto, rispetto ad essi, dal vizio di clandestinità il matrimonio celebrato all'estero senza le richieste pubblicazioni nel paese del rispettivo domicilio degli sposi (1).

571. Deve altresì considerarsi come una semplice disposizione regolamentare quella contenuta nell'art. 101 del nostro Codice, che corrisponde all'art. 101 del Codice Napoleone, che impone ai cittadini, che si maritano in territorio straniero, di fare iscrivere il loro matrimonio nei registri dello stato civile del loro paese entro i tre mesi dal loro ritorno. L'opinione di qualche scrittore francese, il quale vorrebbe far dipendere gli effetti civili del matrimonio nel proprio paese dall'atto d'iscrizione, non è sostenibile nè in Francia, nè presso di noi (2). Accettiamo solo come ragionevole l'opinione del Demolombe, che cioè, se un matrimonio fosse stato celebrato in paese straniero e non trascritto nei registri dello stato civile del proprio paese, e i coniugi l'avessero tenuto secreto in modo che i terzi potessero giustamente reputare tale matrimonio non esistente, i tribunali valutando le circostanze di fatto, e avuto riguardo alla condotta più o meno fraudolenta o alla buona

monio doveva essere reputato valido in conformità della legge danese. Vedi Decreto del Consiglio di Reggenza svedese del 20 novembre 1872, CLUNET, *Journal du dr. int. pr.*, 1875, 240.

(1) Anche l'art. 138 del Codice civile neerlandese, che è in tutto conforme all'art. 170 del Cod. civ. francese, è stato interpretato dai Tribunali olandesi nel senso che la mancanza delle pubblicazioni prescritte dalla legge neerlandese non importa la nullità del matrimonio di pieno diritto. Vedi la sentenza della Corte di Aia del 30 giugno 1877 confermata dalla Cassazione il 14 luglio 1878 nel *Journal du dr. int. pr.*, 1882, p. 65, 66.

(2) Confr. Trib. civ. de la Seine, 21 novembre 1877 (*Journal du droit intern. privé*, 1878, p. 43). — Cour d'Aix, 19 déc. 1877 (*ivi*, pag. 273).

fede dei terzi, potrebbero dichiarare tale matrimonio senza effetto rispetto ai terzi che contrattarono in buona fede (1).

572. Per quello che concerne in generale le formalità legali, che devono essere osservate nella celebrazione del matrimonio, avendo già detto come ad esse debba applicarsi la regola *locus regit actum*, bisognerà riferirsi alla legge del luogo della celebrazione, onde decidere se l'omissione di certe formalità possa cagionare la nullità del matrimonio. Conseguentemente, quando la *lex loci actus* non abbia espressamente pronunciata la nullità del matrimonio, che non sia stato celebrato con le forme da essa stabilite, ma abbia soltanto comminate certe penalità per le infrazioni alle sue disposizioni, non può essere il caso di ammettere l'azione di nullità.

La giurisprudenza americana ha deciso costantemente, che le disposizioni legislative sancite nei diversi Stati dell'Unione a riguardo delle formalità del matrimonio non sono prescritte a pena di nullità, e quindi che il difetto di competenza della persona, dinanzi alla quale il matrimonio sia stato celebrato, e gli altri vizi di forma, non importano la nullità del matrimonio (2). Ora ci sembra chiaro, che bisogna tener presente il diritto americano per decidere circa l'azione di nullità fondata sul difetto di formalità e di competenza dell'ufficiale pubblico nel caso di matrimonio celebrato negli Stati Uniti d'America.

---

(1) DEMOLOMBE, op. cit., n° 229; FŒLIX, luogo cit.; Corte di cassazione francese, 30 agosto 1808 (*Journal du Palais*, t. VII, p. 121). In Francia si ritiene pure come stabilito dalla giurisprudenza costante, che la mancanza della trascrizione dell'atto di matrimonio celebrato all'estero non costituisca di per sè stessa, ed all'infuori di qualsiasi circostanza, il vizio di clandestinità e la nullità del matrimonio. Cour de Paris, 28 février 1881 (*Journal du dr. int. pr.*, 1881, p. 515 e i richiami ivi).

(2) La Corte suprema degli Stati Uniti nella causa Meister *c.* Moore decise che le leggi dei diversi Stati dell'Unione, che stabiliscono magistrati e ministri determinati a celebrare il matrimonio, non prescrivono questo sotto pena di nullità, e che perciò il matrimonio celebrato in uno Stato secondo il diritto comune *(common law)* è valido, benchè gli statuti dello Stato non sieno stati osservati. ALBANY, *Law. Journal*, v. XVIII, p. 97; LAWRENCE, *Comm. des élém. de droit intern.* de WHEATON, parte 2ª ch. II, t. III, p. 323 et seg.; CLUNET, *Journal*, 1874, p. 214.

573. Quando a norma della *lex loci actus* il ministro ecclesiastico sia competente a celebrare il matrimonio, e ad attribuire ad esso il carattere e gli effetti di atto di stato civile (1) non può al certo essere

---

(1) Non si trova nell'attualità uniformità di leggi a riguardo delle persone chiamate a celebrare il matrimonio. In parecchi Stati il matrimonio è stato secolarizzato, nel senso cioè che è stato affidato agli ufficiali civili di assistere alla celebrazione del medesimo. Così è in Francia, in Germania, nel Belgio, in Italia, nei Paesi Bassi, nel Gran Ducato di Lussemburgo, nella Romania, nella Svizzera. Nell'Austria, secondo la legge del 25 maggio 1868, il matrimonio può essere celebrato in certi casi dinanzi il funzionario dello stato civile. In Inghilterra il matrimonio è celebrato dinanzi al ministro ecclesiastico, e però concesso alle parti, che non vogliono celebrare il matrimonio dinanzi la Chiesa, di celebrarlo dinanzi al *Registrar* locale. Nella Svezia, nella Norvegia e nella Danimarca la forma civile è consentita soltanto, quando i contraenti appartengono a confessioni religiose diverse. Il matrimonio, secondo il rito canonico, è tuttora la regola nella penisola Iberica. La legislazione spagnuola ammette l'unione civile solo per i dissidenti, e nel Portogallo la celebrazione con la forma cattolica è continuata ad essere fatta dal clero in virtù della delegazione dello Stato.

Nell'Impero Ottomano le persone, che non seguono la legge del Profeta, non possono celebrare il matrimonio con la forma civile, perchè lo stato civile turco è basato sul Corano, che inibisce le unioni tra i musulmani e i cristiani. Costoro possono far celebrare il matrimonio dal ministro di un culto ivi tollerato.

In Grecia è affidato ai ministri dei culti riconosciuti di procedere validamente alla celebrazione del matrimonio secondo le regole della comunione, alla quale appartengono gli sposi; se essi professano credenze differenti, la benedizione nuziale è data dal ministro della Chiesa orientale, sotto condizione però che i figli debbono essere educati secondo la religione dello sposo ortodosso.

Nella Cina il matrimonio è celebrato senza l'intervento di alcuno ufficiale pubblico, nè civile nè ecclesiastico. Sono osservate alcune cerimonie tra le famiglie dei contraenti, e queste bastano a costituire l'unione puramente legale, ma non è redatto alcun atto ufficiale, nè vi sono registri pubblici destinati a documentare il matrimonio.

Negli Stati dell'Unione americana il matrimonio è celebrato generalmente dinanzi ai ministri ecclesiastici, però le leggi di parecchi Stati dell'Unione autorizzano i giudici di pace a ricevere le dichiarazioni delle persone, che vogliono far senza del ministro ecclesiastico.

Negli Stati americani che hanno accettato il Decreto del Concilio di Trento, il matrimonio è celebrato in conformità di esso, ma dove il detto Decreto non è stato promulgato si segue tuttora l'antica disciplina della

attaccato di nullità il matrimonio, quando le formalità prescritte secondo la legge della confessione religiosa sieno state osservate. Può per altro sorgere in tale evenienza un grave dubbio, se cioè, nell'ipotesi che il matrimonio celebrato col rito religioso possa essere attaccato a norma della legge ecclesiastica, il difetto di esso secondo tale legge, la quale dichiari il rito religioso praticato affetto da nullità, possa influire per farlo dichiarare nullo parimente per gli effetti civili.

A fine di risolvere il proposto dubbio gioverà considerare, che le conseguenze, le quali possono derivare secondo il diritto canonico, o secondo la legge della confessione religiosa degli sposi, non devono essere confuse con quelle, che possono derivare secondo la legge civile nel caso di matrimonio celebrato col rito religioso. La legge civile infatti, anche quando riconosce valido il matrimonio celebrato dinanzi un ministro ecclesiastico, non intende certamente di regolare il matrimonio in quanto è sacramento, ma solo in quanto esso è atto di stato civile, a meno che essa non avesse espressamente disposto, che non potesse avere esistenza legale l'unione coniugale, se non quando fosse posta in essere validamente secondo la legge della confessione religiosa, perchè in questa sola ipotesi il legislatore avrebbe attribuito alle disposizioni della legge ecclesiastica l'autorità stessa, che alle disposizioni della legge civile, però, in tale ipotesi, le sue prescrizioni sarebbero imperative a riguardo soltanto delle persone soggette alla sua autorità.

Partendo da questi concetti bisogna ammettere, a modo di esempio, che nell'ipotesi di un matrimonio celebrato all'estero tra un italiano o un francese ed una straniera appartenenti a confessioni religiose diverse dinanzi ad un ministro del culto cattolico, o dinanzi al ministro di un culto autorizzato a celebrare il matrimonio secondo la *lex loci actus*, qualora cotesto ministro avesse ricevuto il consenso degli sposi, ed avesse registrato il matrimonio nei registri conservati nella

---

Chiesa, e quindi non sono richieste nè le pubblicazioni nè il domicilio. Il matrimonio è governato altresì secondo le regole stabilite dalla legge cattolica negli Stati di Nicaragua, Equatore, Chilì, Plata, Brasile, Uruguay. Gli abitanti non cattolici possono per altro celebrare il matrimonio dinanzi al giudice di pace. Il matrimonio col rito civile è stato poi adottato nel Messico e nelle repubbliche di Guatemala e di Venezuela.

sua chiesa, tale matrimonio non potrebbe essere attaccato di nullità per la sola ragione che secondo la *lex loci actus* esso doveva essere celebrato col rito religioso, e secondo la legge ecclesiastica essendo gli sposi di confessione religiosa diversa doveva essere celebrato dinanzi al ministro del proprio culto rispettivamente, e quindi successivamente nella chiesa dell'uno ed in quella dell'altro.

La ragione della nostra opinione si trova in questo, che cioè il ministro ecclesiastico nel caso supposto assume il carattere di ufficiale di stato civile, ed adempie le funzioni ad esso spettanti; laonde quando egli abbia ricevuto il consenso degli sposi, e redatto l'atto dell'unione coniugale inscrivendolo nei registri speciali da lui tenuti e conservati, nulla può ritenersi mancante alla celebrazione del matrimonio, come atto di stato civile, ed è perciò che, se la legge religiosa dell'uno o dell'altro degli sposi non riconosca valido il rito religioso praticato, questo può riguardare soltanto l'atto religioso stesso, e gli effetti di esso rispetto al sacramento, ma non mai gli effetti civili dell'unione coniugale.

Noi troviamo tale dottrina indirettamente confermata in una sentenza della Corte di cancelleria inglese del 4 dicembre 1874. Si trattava di un matrimonio celebrato a Teheran da un italiano ed una donna armena, la quale secondo il rito della chiesa armena doveva celebrare il matrimonio dinanzi al ministro di cotesta chiesa. Essendo la donna incinta, e non essendo concesso secondo le leggi della chiesa armena di consacrare il matrimonio di una donna incinta, il ministro armeno si rifiutò. Il matrimonio fu poi celebrato da un ministro cattolico. Si adduceva però, che essendo gli sposi di confessione religiosa diversa, un prete cattolico non poteva celebrare il matrimonio e consacrarlo col sacramento senza la dispensa del Papa. Il matrimonio non pertanto per gli effetti civili fu ritenuto valido in Inghilterra e fu rigettata la istanza per l'annullamento di esso (1).

La soluzione della proposta quistione dovrebbe essere diversa se a norma della *lex loci actus* il ministro ecclesiastico fosse stato del tutto incompetente. Così ad esempio, a norma dell'art. 75 del Codice

(1) Vedi Clunet, *Journal*, 1875, p. 27.

civile austriaco è disposto nel seguente modo: « la solenne dichiarazione del consenso degli sposi deve aver luogo dinanzi al ministro ecclesiastico di uno dei fidanzati (comunque, per la diversità della religione egli si chiami curato, pastore o altrimenti), oppure dinanzi al sostituto di esso, alla presenza di due testimoni » (1). Applicando tale disposizione la Corte suprema decise con ragione che, affinchè un ministro ecclesiastico potesse essere reputato competente a celebrare il matrimonio, potesse appartenere a qualsiasi confessione religiosa, purchè però si trattasse d'una confessione religiosa riconosciuta nello Stato, e perciò essa non ritenne competente un prete della comunità dei vecchi cattolici (2).

574. L'azione di nullità, fondata sulla mancanza di capacità dell'uno o dell'altro contraente, deve essere retta dalla legge personale di ciascheduno di essi. Conseguentemente se a norma della legge personale un dato rapporto di parentela fosse reputato un ostacolo alla celebrazione del matrimonio, e fosse inoltre dichiarato nullo il matrimonio celebrato non ostante quel dato impedimento di parentela, dovrebbe ammettersi l'azione di nullità fondata sulla legge personale dello sposo incapace, quantunque a norma della legge dell'altro contraente non fosse ammessa l'azione di nullità per tale motivo. Il fondamento di questa regola è questo, che cioè per celebrare un matrimonio valido entrambi gli sposi devono essere capaci, e siccome la capacità di ciascheduno di essi deve essere determinata a seconda della sua legge personale, così dalla medesima legge deve essere retta l'azione di nullità per la mancanza di capacità richiesta.

Facendo un'applicazione di questi principii notiamo, che, qualora il legislatore di uno Stato avesse dichiarato obbligatorio per i cittadini cattolici il diritto canonico relativo al matrimonio, le disposizioni di cotesto diritto e le cause di nullità a cagione dell'impedimento di parentela, potrebbero dar luogo all'azione di nullità, anche se l'altro

(1) A norma della legge del 25 maggio 1868 il matrimonio può essere celebrato in Austria, in molti casi, dinanzi un funzionario dello stato civile (*Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1877, p. 210).

(2) Sentenza della Corte suprema di Vienna del 9 dicembre 1874. Clunet, *Journal*, 1879, p. 504.

coniuge fosse cittadino di uno Stato, ove, a cagione dell'essere il matrimonio soggetto alla legge civile, fosse esclusa a riguardo di esso l'autorità del diritto canonico. Bisognerà infatti in questa ipotesi tener presente, che il legislatore straniero, avendo attribuito al diritto canonico rispetto agli effetti civili del matrimonio, l'autorità stessa che ha rispetto ad essi la legge civile, avrebbe così assoggettato i cittadini, sommessi ai di lui precetti imperativi, al diritto canonico, dichiarando capaci a coniugarsi coloro soltanto, che avessero la capacità a norma di tale diritto; e quindi non potrebbe escludersi l'azione di nullità fondata sulla mancanza di capacità a coniugarsi richiesta dalla legge personale.

575. Per la medesima ragione, supposto che a norma della legge personale fosse vietato il matrimonio tra cristiani e non cristiani, e fosse poi dichiarato nullo quello celebrato contro tale divieto, cotesta disposizione potrebbe essere invocata utilmente a fine di far dichiarare nullo il matrimonio celebrato in violazione di essa, da colui che era tenuto ad osservarla.

L'azione di nullità dovrebbe in tale ipotesi essere ammessa, anche quando fosse diversa la legge dell'altro contraente, e non esistesse a norma di questa l'impedimento per differenza di religione. La ragione è sempre la medesima, che cioè l'azione di nullità per la mancanza di capacità dev'essere retta in massima dalla legge personale di ciascuno, e che per essere valido un matrimonio ciascheduno degli sposi dev'essere capace a norma della propria legge personale (1).

576. A cotesta regola bisogna fare per altro la solita eccezione, che cioè la legge personale estera, che colpisca di nullità un matrimonio

---

(1) A norma dell'art. 64 del Cod. civ. austriaco non si può contrarre validamente matrimonio tra cristiani e persone che non professano la religione cristiana. In conseguenza di tale divieto un matrimonio celebrato a Berlino tra un ungherese israelita ed una berlinese cristiana fu con ragione dichiarato nullo dalla Corte suprema di Vienna con sentenza del 6 marzo 1878 in seguito all'istanza per nullità della moglie, non ostante che secondo l'art. 56 della legge germanica del 9 maggio 1874 l'impedimento per differenza di religione, che prima esisteva secondo il diritto prussiano, fosse stato abolito. CLUNET, *Journal*, 1879, pag. 500.

a cagione dell'incapacità di uno dei fidanzati, non può essere utilmente invocata in uno Stato a fine di fondare su di essa l'azione di nullità, qualora dal riconoscere in questo l'autorità della legge personale dello straniero importi offesa al diritto pubblico territoriale.

Tale sarebbe ad esempio il caso dell'azione di nullità fondata sulla legge della Luigiana, la quale non solo inibisce il matrimonio tra persone di colore diverso, ma dichiara altresì nullo quello celebrato contro tale divieto. Supposto che un italiano o un francese si fosse unito in matrimonio con una persona di colore scuro cittadino della Luigiana, tale matrimonio non potrebbe poi essere annullato dai tribunali francesi o italiani a cagione dell'incapacità della persona di colore scuro a coniugarsi con una persona del colore ordinario.

Riesce chiaro, come il riconoscere in Italia o in Francia l'autorità della legge della Luigiana, in quello che essa dichiara nullo tale matrimonio implicherebbe l'offesa del diritto pubblico italiano o francese, che non ammette una sostanziale differenza tra i diritti della personalità umana fondata sulla differenza del colorito, così come non ammette che la legge estera, che stabilisce lo stato di schiavitù di certe persone, possa avere autorità in Francia o in Italia.

577. Nella stessa guisa dovrebbe risolversi la questione a riguardo dell'incapacità, da cui sono colpite certe persone di una data classe, alle quali è vietato di unirsi in matrimonio con persone della classe, inferiore senza speciale autorizzazione del sovrano. Coteste leggi hanno il carattere vero di leggi politiche, e non possono avere al certo autorità estraterritoriale.

Un dubbio potrebbe sorgere a riguardo del matrimonio celebrato da un membro di una famiglia regnante, nell'ipotesi che secondo la legge dello Stato non fosse concesso ad esso di contrarre un matrimonio valido senza la previa autorizzazione del sovrano capo della famiglia. A rigore si dovrebbe dire, che trattandosi di una legge di carattere politico non dovesse essere ammessa l'azione di nullità del matrimonio celebrato senza l'autorizzazione del sovrano regnante, se essa fosse esercitata dinanzi ai tribunali di uno Stato, e contro un cittadino del medesimo, che col principe si fosse coniugato. Bisogna non pertanto tener presente, che i doveri di cortesia internazionale im-

pongono pure di tener conto di certe necessità, che sono la naturale conseguenza della costituzione politica degli Stati, e volgendo la mente a questo, ci pare, che debba ammettersi l'azione di nullità nel caso in parola, tutto che essa debba ritenersi fondata sul diritto pubblico interno di uno Stato estero.

578. Una controversia più delicata a riguardo dell'azione di nullità fondata sulla legge estera potrebbe sorgere nell'ipotesi, che a norma di essa fosse vietato al prete cattolico o a colui che fosse legato da voti sacri di contrarre matrimonio, qualora l'istanza venisse fatta contro di un cittadino di tale Stato, ma dinanzi ai tribunali di un altro Stato, ove supponiamo che a norma del diritto pubblico il diritto di libertà di coscienza fosse inteso in maniera da escludere, che il carattere di prete fosse indelebile, e che dovesse essere reputato impossibile il matrimonio ad esso, anche se avesse abjurata la propria religione.

Giova premettere, che a riguardo dell'impedimento fondato sull'ordine sacro, o sui voti sacri è diverso il diritto esistente nei varii Stati. A norma della legge austriaca art. 63 i chierici, dopo ricevuti gli ordini maggiori, e così pure i religiosi d'ambo i sessi, dopo che abbiano fatto i voti solenni di celibato, non possono contrarre valido matrimonio. Nel Codice francese non esiste una disposizione testuale ed è stato oggetto di lunga disputa se l'impedimento degli ordini sacri sia dirimente o proibitivo (1). In Italia pure non si volle sancire una disposizione espressa nel Codice civile, come era stato proposto,

(1) La Corte di cassazione si era dapprima limitata ad approvare la resistenza dell'ufficiale dello stato civile che rifiutava d'assistere al matrimonio di un prete. Cass. 23 février 1847 (SIREY, 47, 1, 177). Ma avea cassato una sentenza della Corte di Parigi, 18 mai 1818 (*ivi*, 19, 2, 182), e avea deciso che gli ordini sacri non erano un impedimento dirimente; 9 janvier 1821 (*ivi*, 21, 1, 137). Tale dottrina trovava il sostegno degli scrittori (vedi tra gli altri, AUBRY e RAU, 3ª ediz., note 9 a 14, t. IV; VALETTE sur PROUDHON, t. I, p. 415 e *Cours*, t. I, p. 190; DEMOLOMBE, *Mariage*, t. I, nº 131 e 431 *bis*) e fu confermata dalla giurisprudenza posteriore. Nel 1878 quella Cassazione, mutando l'anteriore giurisprudenza, decise che l'impedimento degli ordini sacri era un impedimento dirimente nella causa Lemontagner. Cassation, 25 février 1878 (SIREY, 1878, 1, 241). Vedi ivi le importanti osservazioni di LABBÉ.

quando il progetto di esso fu discusso, perchè il ministro dichiarò, che la questione doveva essere risoluta dalla giurisprudenza. Questa si è pronunciata in diverso senso, ma è prevalsa poi l'*opinione* che esclude l'impedimento fondato sull'ordine sacro (1).

In massima bisogna ritenere, che, trattandosi di capacità relativa al matrimonio, l'azione di nullità debba essere retta dalla legge personale di ciascuno. Conseguentemente deve ammettersi l'azione di nullità fondata sul Codice civile austriaco, nell'ipotesi che un austriaco insignito degli ordini sacri o legato da voti sacri si fosse unito in matrimonio con un italiano. Se invece si trattasse di un francese, siccome in quel Codice manca l'espressa disposizione, e l'impedimento è stato ammesso per l'interpretazione giudiziaria, questa, non potendo avere autorità estraterritoriale al pari di una legge, non vi sarebbe ostacolo a che i tribunali italiani decidessero a loro modo circa l'azione di nullità, nel caso che il contraente legato dai voti sacri fosse un francese.

579. Rispetto però all'austriaco la difficoltà potrebbe complicarsi nell'ipotesi, che colui, che fosse stato legato dai voti sacri, adducesse di avere abbandonata la religione cattolica e di avere accettata un'altra

---

(1) Quando fu discusso il progetto di Codice civile il senatore Mameli propose un emendamento, onde far annoverare tra gl'impedimenti al matrimonio quello dell'ordine sacro e dei voti solenni, e Sclopis ne fece espressa mozione. Il ministro però e il relatore sostennero la necessità di mantenere integralmente la separazione tra l'elemento civile e l'elemento religioso del matrimonio, e di abbandonare alla interpretazione giurisprudenziale la decisione della controversia, così la mozione fu respinta. Le Corti aveano dapprima risoluta la questione per la negativa. Corte di Genova, 20 luglio 1886 (*Annali della giurispr.*, 1866, 1, 2ª, 6); Trani, 24 luglio 1867 (*ivi*, 2, 106, 1869; Cassaz. di Napoli, 29 giugno 1871 (*ivi*, 1871, 1, 249); ma poi prevalse l'affermativa. Corte di Palermo, 22 giugno 1878 (*Foro italiano*, 1878, pag. 660), e la nota con i numerosi richiami, *ivi*, Cassaz. di Palermo, 30 ottobre 1880 e Cassaz. di Napoli, 27 aprile 1882, colla quale essa riformando la giurisprudenza stabilita, decise che il prete cattolico non può impugnare di nullità il matrimonio da lui contratto (*Foro italiano*, 1882, p. 1114).

Vedi oltre le varie monografie mentovate nella nota alla sentenza della Corte di Palermo citata, Alianelli, *Sugl'impedimenti canonici rapporto al matrimonio civile*, nella *Gazzetta del Procuratore*, anno VI, p. 325.

confessione, e sostenesse, che non potendo essere il carattere di prete indelebile di fronte al diritto civile, così come esso lo è di fronte al diritto canonico, le disposizioni del Codice civile austriaco, che concernono i preti cattolici, non potessero essere applicate a lui, che aveva abjurata la religione cattolica.

In tale posizione di cose la quistione diventerebbe veramente complessa. Si tratterebbe infatti di decidere se, ritenendo pure in principio che l'impedimento degli ordini sacri dovesse essere retto dal Codice civile austriaco, dato che a norma di esso il carattere di prete dovesse ritenersi indelebile di fronte al diritto civile, tale disposizione sua potesse avere autorità in Italia, ove secondo il diritto pubblico vigente il diritto di libertà di coscienza s'intende in maniera da escludere, che uno possa essere costretto a rimanere nella sua primiera confessione religiosa.

Noi opiniamo, che sollevata la questione in tali termini, debba essere risoluta escludendo l'applicazione del Codice civile austriaco, supposto che si volesse invocare la sua autorità non solo per stabilire l'impedimento dell'ordine sacro a riguardo del prete cattolico, ma per stabilire altresì che, dovendosi ritenere a norma della legge austriaca indelebile il carattere di prete cattolico, l'impedimento dovesse sussistere anche a riguardo di uno che avesse abjurata la religione cattolica. L'ammettere anche questa seconda parte a noi sembra contro il diritto pubblico interno, e ci pare che rientri nei casi, nei quali si può disconoscere l'autorità della legge personale dello straniero.

La nostra opinione è avvalorata anche dalla considerazione che la Camera dei deputati del *Reichsrath* austriaco aveva adottato nel 1876 un progetto di legge, che modificava l'art. 63 del Codice, e ammetteva, che l'impedimento al matrimonio risultante dagli ordini sacri doveva cessare in conseguenza della conversione del prete cattolico ad un'altra religione. Tale progetto fu respinto dalla Camera Alta. Se per altro, in seguito a tale rigetto, in Austria si può ritenere tuttora che i voti sacri e gli ordini sacri sieno una qualità indelebile, anche di fronte al diritto civile, non si può riconoscere l'autorità di tale disposizione in Italia, ove il costringere uno straniero a sottostare alle

disposizioni della legge personale di lui, motivate dalla sua primiera confessione religiosa, equivarrebbe ad attentare al diritto di libertà di coscienza del medesimo, ed al diritto pubblico interno che la garantisce.

580. L'azione di nullità del matrimonio da parte del coniuge, fondata sull'impotenza dell'altro coniuge, ha un carattere diverso secondo le leggi dei vari Stati. Alcune di esse ammettono infatti che l'azione di nullità possa aver luogo per tale motivo, quando l'impotenza del coniuge sia incurabile e anteriore alla celebrazione del matrimonio. Così dispone il Codice civile austriaco art. 60, ed è quasi lo stesso a norma del Codice civile italiano, art. 107, secondo cui l'azione può essere proposta, onde far pronunciare la nullità, quando si tratti d'impotenza manifesta, perpetua, e anteriore al matrimonio. L'azione di nullità pel motivo dell'impotenza è ammessa pure secondo il diritto spagnuolo. A norma di questo però, qualora il matrimonio sia sciolto a cagione dell'impotenza del coniuge, e colui che sia reputato impotente si unisca in matrimonio con altra persona e lo consumi, il secondo matrimonio è ritenuto nullo, e il primo riacquista il suo valore. Altre leggi invece non ammettono tale causa di nullità (1).

Il Codice civile francese ad esempio non menziona l'impotenza tra le cause che autorizzano a domandare la nullità del matrimonio, e giova notare, che nelle discussioni che precedettero la compilazione di esso, essendo stata l'impotenza considerata come una delle cause che potevano autorizzare il divorzio, si venne così indirettamente ad ammettere che il matrimonio doveva essere considerato valido (2).

Giova pure tener presente che in certi paesi, nei quali l'azione è ammessa, non si concede poi di esercitarla, quando, sia passato un tempo considerevole dalla celebrazione del matrimonio.

L'Alta Corte di giustizia inglese ha più volte deciso, che la dilazione per fare pronunciare la nullità a causa dell'impotenza non poteva essere protratta oltre un termine ragionevole, e con la sua

---

(1) Confr., pel diritto francese, AUBRY et RAU, *Cours de Code civil français*, § 464.

(2) Confr. la discussione sul titolo del divorzio, 26 vendemm., anno X.

sentenza del 20 maggio 1878 rigettò la domanda di nullità perchè erano decorsi nove anni dal giorno della coabitazione dei coniugi (1).

Tutto ciò abbiamo voluto notare, perchè ci sembra importante per confermare l'opinione che noi sosteniamo, che cioè quantunque la finalità della generazione debba reputarsi insita naturalmente nella società coniugale, pure non si può considerare tanto essenziale a questa da ritenere nullo il matrimonio, quando da parte di uno dei coniugi vi sia un vizio organico assoluto e permanente alla generazione. Vi può essere una finalità molto più elevata nel matrimonio oltre quella della generazione, e si può quindi con ragione sostenere, che l'unione dell'uomo e della donna coniugati può avere tutti gli elementi giuridici del matrimonio valido, non ostante l'impotenza di uno dei coniugi.

Volgendo la mente a questo ci sembra, che non possa essere il caso di fondare l'azione di nullità per tale speciale causa sulla legge personale dell'uno o dell'altro contraente, ma che invece bisogni riferirsi alla legge regolatrice della società coniugale, già costituita, vale a dire a quella dello Stato, di cui il marito è cittadino, nel sistema da noi seguito. Si tratterebbe infatti di fare annullare il matrimonio, che aveva tutti gli elementi per la sua legale esistenza, e siccome ogni matrimonio legalmente esistente deve rimanere soggetto alla legge personale del marito, perciò a norma di cotesta legge si deve decidere, se sia o no il caso di ammettere la nullità a causa dell'impotenza.

581. Passiamo ad esaminare ora i casi, nei quali l'azione di nullità del matrimonio può essere fondata sulla legge territoriale. Questo deve ammettersi in generale ogni qualvolta che, esistendo un impedimento assoluto secondo la *lex loci actus* alla celebrazione del matrimonio, esso sia stato contratto non ostante tale assoluto impedimento: per lo che mancando dei requisiti sostanziali richiesti secondo la legge per la esistenza giuridica dell'unione coniugale, il diritto pubblico territoriale sarebbe leso, se fosse reputato matrimonio l'unione di

(1) CLUNET, *Journal*, 1879, p. 563. Vedi pure la sentenza del 2 agosto 1876 (*ivi*, 1877, p. 55).

due persone, che non riunisse in sè le condizioni sostanziali richieste dalla legge.

582. La prima causa dell'azione di nullità sotto tale rispetto è quella dell'esistenza di un precedente matrimonio, che di per sè stessa è un ostacolo assoluto, a che sieno celebrate altre nozze, in tutti quei paesi, nei quali è proibita la poligamia, e la bigamia qualificata un reato. Riesce evidente, che il matrimonio poligamico è sostanzialmente nullo in codesti paesi, e che deve ammettersi conseguentemente l'azione di nullità da parte di qualunque persona interessata, o del Pubblico Ministero, ogni qualvolta che uno, che sia vincolato da un matrimonio precedente, ne abbia celebrato un altro.

583. Un dubbio può sorgere, se cioè, dato che il matrimonio poligamico sia stato celebrato ove era permesso dalla legge, e tra cittadini di quel paese, debba ammettersi l'azione di nullità rispetto ad esso nello Stato ove il matrimonio poligamico è inibito, così come l'azione dev'essere certamente ammessa nell'ipotesi che il secondo matrimonio sia stato ivi celebrato. In certi paesi, per considerazioni di razze e di credenze religiose, la poligamia è tuttora permessa dalla legge, ed è pure un fatto che la Francia stessa, e le altre Potenze coloniali concedono agli indigeni delle colonie di praticare secondo i loro usi e la loro religione la poligamia. Ora, se un indigeno delle colonie avesse contratto ivi un matrimonio poligamico a norma della legge vigente, tale fatto non potrebbe al certo essere qualificato un reato, e neanche, se fosse il caso poi di voler dedurre a mo' d'esempio, gli effetti civili, che da detto matrimonio potessero derivare in Francia od in Italia, potrebbe applicarsi la legge quivi vigente, a fine di dedurre che, essendo a norma di essa il matrimonio poligamico colpito di nullità sostanziale, tale dovrebbe essere reputato pure il matrimonio poligamico tra persone che potevano contrarlo, e che lo avessero celebrato all'estero. Si dovrebbe invece ammettere, che quando le persone che si unirono in matrimonio fossero soggette all'impero della legge, che permettesse la poligamia, ed in conformità di codesta legge avessero già stabilita la famiglia, il riconoscere tale fatto legale compiuto colà, ove imperava la legge, che non lo inibiva, non sarebbe contro l'ordine pubblico ed il diritto pubblico territo-

riale. E quindi, non sarebbe giustificabile l'azione di nullità del matrimonio in sè stesso considerato, ma si dovrebbe soltanto ammettere, che certi effetti derivanti secondo la legge straniera (come, ad esempio, potrebbe essere quello di tenere a forza le molteplici mogli nell' *harem* o di ricondurle con la forza se fossero evase), non potessero seguire in Francia o in Italia, perchè il riconoscere l'autorità della legge straniera a tale riguardo sarebbe in opposizione con le leggi di polizia e col diritto pubblico interno.

584. La nullità del matrimonio per la causa della quale ci occupiamo, dovendo essere la conseguenza dell'esistenza di un precedente matrimonio, è naturale, che non possa essere pronunciata, se non presupponendo valido il matrimonio precedentemente celebrato. Quando un matrimonio precedente esista, deve ammettersi a riguardo di esso la presunzione legale di validità, e ritenerlo sussistente, in quanto al vincolo coniugale, fino a tanto che il magistrato competente non abbia pronunciato la nullità di esso. Spetta quindi alla parte interessata a respingere l'azione di nullità del secondo matrimonio, di dare la prova, o che la prima unione, non avendo avuto i requisiti giuridici essenziali per essere reputata matrimonio, non abbia avuto in nessun momento esistenza legale come tale, o che il matrimonio celebrato dev'essere dichiarato nullo. Riesce chiaro che, qualora la nullità del primo matrimonio fosse opposta da colui, che ne avesse contratto un secondo, essa costituirebbe un'eccezione pregiudiziale e perentoria, per risolvere la quale bisognerebbe applicare le regole esposte innanzi.

Si può verificare il caso, che il matrimonio precedentemente contratto sia stato dichiarato nullo con sentenza del giudice, o sciolto con la sentenza che abbia pronunciato il divorzio. Sì nell'uno che nell'altro caso, siccome lo stato libero di colui, che era prima coniugato, sarebbe l'effetto della sentenza con cui fu pronunciata la nullità o lo scioglimento del primo matrimonio, così bisognerà tener presenti i principii relativi all'efficacia estraterritoriale delle sentenze straniere, onde decidere se lo stato libero di colui che, essendo vincolato da un precedente matrimonio, adduca poi di essere sciolto da ogni vincolo coniugale, possa o no essere efficacemente stabilito mediante la

sentenza estera. Noi ci occuperemo dell'efficacia estraterritoriale delle sentenze a suo luogo; nel capitolo seguente esporremo i principii relativi al divorzio.

585. Un dubbio grave può sorgere a tale riguardo nell'ipotesi che la nullità del matrimonio tra sposi cattolici sia stata pronunciata dalla Sacra Congregazione del Sant'Uffizio di Roma, supposto che essi fossero cittadini di uno Stato ove, secondo la legge, il matrimonio fosse retto dal diritto canonico.

In massima le decisioni della Sacra Congregazione del Santo Uffizio non possono essere equiparate alle sentenze di un tribunale straniero. Però, se a norma della legge di uno Stato, non solo fosse stabilito che il diritto canonico e i decreti del Concilio di Trento sul matrimonio dovessero avere l'autorità di diritto comune di fronte alla legge civile, ma fosse stabilito altresì, che la giurisdizione in materia di matrimonio dovesse essere attribuita esclusivamente ai tribunali ecclesiastici, non potrebbe essere esclusa l'autorità della decisione della Sacra Congregazione, la quale applicando i decreti del Concilio di Trento avesse dichiarato nullo il matrimonio. Quando la legge civile di un paese dichiari competente per sciogliere il matrimonio il giudice ecclesiastico, le decisioni di questo, non per virtù loro propria, ma in forza della disposizione della legge civile, devono avere la medesima efficacia, che hanno le sentenze del magistrato civile (1).

---

(1) Così avviene secondo la legge vigente nella Spagna. Ivi a norma della Cedula Real promulgata da Filippo II il 12 luglio 1564 i decreti del Concilio di Trento sul matrimonio furono dichiarati diritto comune. Tale stato di cose è stato poi mantenuto fino alla caduta d'Isabella II nel 1868. Sotto la reggenza del maresciallo Prim fu pubblicata una legge il 18 giugno 1870 che dichiarò il matrimonio civile obbligatorio *(Ley provisional del matrimonio civil)*. Con la restaurazione di Alfonso XII la Spagna ritornò all'antico stato di cose in conseguenza della pubblicazione del Regio decreto 9 febbraio 1875 che riformò la legge del matrimonio civile pubblicata nel 1870. A norma di tale decreto è fatta una sola eccezione a riguardo delle persone che non appartengono alla Chiesa cattolica, o che sono colpite dalle censure ecclesiastiche, e che sono nell'impossibilità di santificare il matrimonio col sacramento, e rispetto ad esse si applica tuttora la legge del 1870. Il matrimonio non può essere sciolto secondo il diritto spagnuolo, che sancisce il principio dell'indissolubilità *quoad vinculum*, può essere solo

Reputiamo inoltre opportuno di soggiungere, che, qualora la nullità del primo matrimonio secondo il diritto canonico fosse opposta con la forma dell'eccezione nel giudizio relativo all'istanza di nullità del secondo matrimonio, il giudice investito della causa o dovrebbe decidere sull'eccezione applicando il diritto canonico per risolvere la questione della validità del precedente matrimonio (1), o dovrebbe soprassedere e rimettere le parti alla giurisdizione ecclesiastica, affinchè questa, che secondo la legge personale degli sposi è dichiarata competente, decidesse in merito la questione di nullità del primo matrimonio.

Potrebbe pure verificarsi il caso che la Sacra Congregazione del Sant'Uffizio avesse deciso a riguardo della nullità, e dichiarato nullo il matrimonio precedente, ma che dall'atto di stato civile apparisse sussistente tuttora il primiero matrimonio, in conseguenza del non essere stata inscritta la decisione della Sacra Congregazione. Questo per altro non potrebbe influire sulla sostanza della cosa, perchè, nella stessa guisa che la mancanza della iscrizione del matrimonio celebrato non è di per sè stessa un motivo idoneo a fare ritenere insussistente il vincolo coniugale, così la mancanza dell'iscrizione dello scioglimento di codesto vincolo non può essere di per sè stessa efficace a togliere qualunque effetto alla nullità pronunciata. Sarebbe solo necessario procedere alla rettifica dell'atto inscritto nei registri dello stato civile, e siccome poi la rettifica operata dovrebbe avere

---

attaccato di nullità per cause determinate. La legge del 1870 avea indicate tali cause (art. 92), ed avea tolto ai tribunali ecclesiastici il diritto di annullare i matrimonii attribuendo la giurisdizione a riguardo di ciò ai tribunali ordinari. La legislazione del 1875 ha abolita tale disposizione e ristabilita la competenza esclusiva dei tribunali ecclesiastici in materia di matrimonio. Attualmente quindi il matrimonio nella Spagna a riguardo dei cattolici, che formano la massima parte della popolazione, è retto dal diritto canonico, anche per quello che concerne le cause di nullità, ed è soggetto alla giurisdizione dei tribunali ecclesiastici.

(1) I tribunali francesi hanno sovente applicato il diritto canonico in questioni di matrimonio, quando a norma della legge personale degli sposi esso era chiamato a regolarlo. Chambéry, 7 février 1885 (Viry) (DALLOZ, 1885, 2, 245).

effetto retroattivo; così la nullità del primo matrimonio dovrebbe ritenersi sussistente dal momento in cui avesse avuto luogo la decisione del tribunale ecclesiastico, astrazione facendo dalla iscrizione della decisione e dalla rettificazione dell'atto di stato civile, perchè tali procedimenti sono pure efficaci a fine di stabilire mediante essi la prova precostituita della nullità pronunciata, ma non hanno un valore decisivo a riguardo del vincolo coniugale.

586. Un altro dubbio può sorgere nel caso di azione di nullità fondata sul matrimonio precedente nell'ipotesi che il coniuge di un assente avesse contratto il matrimonio durante l'assenza, e che il coniuge assente ritornasse.

È necessario premettere, che sono diverse le disposizioni di legge a riguardo della nullità del matrimonio contratto dal coniuge di un assente. Nel sistema che considera l'assenza equivalente a dichiarazione di morte si ammette naturalmente, che il coniuge abbandonato possa far pronunciare dal tribunale la dichiarazione di morte onde potere celebrare altre nozze. È così, secondo il Codice austriaco, articoli 112, 113, 114. Anche il Codice neerlandese concede al coniuge dell'assente di provocare l'autorizzazione del tribunale per contrarre un nuovo matrimonio, e dispone poi, che se l'assente ritorni dopo l'autorizzazione, e prima della celebrazione del nuovo matrimonio questo non può aver luogo, ma se ritorni dopo, il secondo matrimonio è valido, e l'assente è soltanto ammesso a contrarre egli pure un altro matrimonio. In Inghilterra, secondo la *Common Law*, il coniuge di un assente può validamente celebrare il matrimonio, quando l'assenza si sia protratta per 7 anni, e questa regola è stata adottata pure negli Stati Uniti d'America (1).

Nel sistema che esclude il concetto che l'assenza, qualunque ne sia la durata, possa equivalere a dichiarazione di morte, e che ritiene in principio il matrimonio indissolubile sino alla morte di uno dei coniugi, il coniuge di un assente non è ammesso a contrarre un altro matrimonio, a meno che non somministri la prova della morte dell'assente. Qualora poi il coniuge di un assente avesse contratto il nuovo

(1) Confr. WHARTON, *Conflict of Laws*, § 133.

matrimonio le dette leggi non considerano tale matrimonio assolutamente nullo, ma ammettono soltanto che esso possa essere impugnato qualora venga a cessare l'assenza.

A riguardo poi dell'azione di nullità, alcune la considerano di ordine pubblico, e così dispone il Codice civile italiano, il quale esclude il diritto d'impugnare il matrimonio contratto dal coniuge di un assente, finchè duri l'assenza, ma cessata questa, ammette il diritto di impugnare il matrimonio senza limitazioni: per lo che l'azione di nullità può essere esercitata da tutti gl'interessati, e dal Pubblico Ministero.

Secondo il Codice francese il diritto d'impugnare il matrimonio durante l'assenza è ammesso a favore soltanto del coniuge assente. *L'époux absent, dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même, ou par son fondé de pouvoir, muni de la preuve de son existence* (art. 139).

Secondo altre leggi si ammette, che, qualora il coniuge dell'assente contragga nuovo matrimonio, e l'assente ritorni, questi ha il diritto a sua scelta o di far sussistere il secondo matrimonio, o di domandarne l'annullamento, e quando poi il secondo matrimonio sia annullato, l'annullamento di esso non ha effetto retroattivo, perchè il secondo matrimonio celebrato nel tempo intermedio è reputato validamente contratto (1).

Il dubbio che circa l'azione di nullità nel caso, che esaminiamo può sorgere è questo, se cioè debba essere applicata a preferenza la legge personale o la legge territoriale, supposto che una dichiari valido, e l'altra dichiari nullo il secondo matrimonio contratto dal coniuge di un assente.

587. Noi dobbiamo osservare, che siccome la nullità del secondo matrimonio dipende dalla sussistenza del vincolo legale precedente, così come da questo dipende pure la bigamia, perciò bisognerà tener presente la legge estera regolatrice dei rapporti di famiglia, onde decidere a norma di essa se il vincolo coniugale precedente debba o no ritenersi tuttora sussistente. Supposto che la legge estera consideri

---

(1) Confr. Codice civile sassone, art. 1708, 1710, e WHARTON, *Conflict of Laws*, § 133, p. 202.

l'assenza come una causa di scioglimento del matrimonio, e conceda al coniuge dell'assente la facoltà di promuovere l'autorizzazione del tribunale per contrarre il nuovo matrimonio (come a norma del Codice neerlandese, art. 350), ci pare chiaro, che, ottenuta l'autorizzazione, dovendosi così ritenere sciolto il primo vincolo coniugale, non possa essere il caso di applicare la legge territoriale a fine di fondare su di essa l'azione di nullità del secondo matrimonio, e l'azione per reato di bigamia. Se tutto deve dipendere dall'essere sussistente il vincolo del matrimonio precedente: dovendo lo stato di famiglia essere determinato a norma della legge personale del marito, se questa dispone che il coniuge dell'assente, osservando certi provvedimenti, possa contrarre nuove nozze, e che l'assente stesso ritornando dopo che il nuovo matrimonio sia stato celebrato abbia parimente il diritto di contrarre un nuovo matrimonio, tutto questo rivela che, secondo il concetto del legislatore, l'assenza sotto date circostanze produce lo scioglimento del vincolo coniugale; e siccome poi non può essere inibito a colui, rispetto al quale sia stato sciolto, a norma della legge personale di lui, il vincolo del matrimonio precedente di celebrare altre nozze, così tale divieto rispetto ad esso non può essere fondato sulla legge territoriale, che disponga diversamente. Conseguentemente a noi sembra, che non solo il coniuge di un assente neerlandese autorizzato dal tribunale di quel paese a contrarre nuove nozze possa contrarre matrimonio in Italia o in Francia con un italiano o un francese, e che ritornando l'assente non possa essere promossa l'azione di nullità a norma della legge francese o italiana, ma reputiamo altresì che tale diritto non possa essere contestato all'assente medesimo, il quale può validamente contrarre il nuovo matrimonio secondo la legge neerlandese.

Qualora invece a norma della legge estera il secondo matrimonio del coniuge dell'assente non fosse reputato valido, ma fosse però concesso all'assente soltanto il diritto d'impugnarlo, supposto che il detto coniuge avesse celebrato le seconde nozze in Italia o in Francia con un italiano o con un francese, e che l'assente fosse ricomparso, non potrebbe essere esclusa l'azione per parte del Pubblico Ministero per fare dichiarare nullo il secondo matrimonio, a norma della legge italiana o francese. Invano s'invocherebbe in questo caso la legge

personale a fine di limitare l'azione all'assente soltanto, perchè, siccome la presenza dell'assente distruggerebbe qualunque presunzione della morte di lui, e la legge territoriale concede per ragioni d'ordine pubblico l'azione al Pubblico Ministero, quando sia incontestata l'esistenza del vincolo matrimoniale precedente, così non può essere il caso di derogare a quanto essa dispone invocando la legge personale.

588. In tutti i casi, nei quali sia esercitata l'azione di nullità del matrimonio celebrato, adducendo il motivo dell'esistenza d'un matrimonio precedente, e sorga la difficoltà a riguardo dell'onere della prova, bisognerà tener presente la regola *onus probandi ei incumbit qui dicit, non ei qui negat*. Conseguentemente, supposto che il matrimonio sia stato celebrato, e che il Pubblico Ministero o gl'interessati sostengano la nullità di esso, adducendo il motivo dell'essere uno dei contraenti vincolato da matrimonio precedente, incombe ad essi di dare la prova della sussistenza del primo matrimonio. In principio deve infatti presumersi, che una persona, che contrae un matrimonio, abbia dato all'ufficiale dello stato civile la prova del suo stato libero da ogni legame anteriore, e sotto questo rispetto il matrimonio deve reputarsi regolarmente celebrato, sino a dimostrazione contraria. Data cotesta prova, qualora la parte opponesse che il primo matrimonio fosse stato regolarmente sciolto, o con sentenza del tribunale competente dichiarato nullo, o che fosse stato affetto *ab initio* da nullità sostanziale, spetterebbe ad essa di dare la prova di ciò, onde respingere così l'azione di nullità. Queste regole del resto derivano dai generali principii relativi alla prova, e dall'altro principio che il matrimonio celebrato deve presumersi sempre regolarmente celebrato, sino a dimostrazione in contrario.

589. Quello, che concerne l'azione di nullità fondata sulla esistenza di un rapporto di parentela naturale o di affinità, dev'essere in massima governato dalla legge personale rispettiva dei contraenti. La ragione è, perchè le condizioni per coniugarsi devono verificarsi a riguardo dell'uno e dell'altro dei fidanzati, e siccome ciascuno di essi deve rimanere dovunque soggetto alla propria legge personale, per quello che concerne le condizioni per unirsi in matrimonio, così dovrà decidersi a norma di essa non solo quali condizioni debbano verifi-

carsi, ma altresì quali sieno le conseguenze del matrimonio celebrato non ostante l'esistenza di un impedimento. Conseguentemente, se secondo la legge dell'uno o dell'altro dei fidanzati era inibito il matrimonio tra cognati o tra cugini, ed era attribuito al coniuge medesimo o ad altre persone dalla legge stessa determinate, di promuovere la istanza di nullità del matrimonio celebrato non ostante l'impedimento, tale istanza dovrà essere ammessa in conformità della legge personale di colui, a cui il diritto appartiene, tuttochè sia diversa la legge dell'altro contraente, o quella del luogo ove il matrimonio sia stato celebrato, o quella del paese, ove per avventura l'azione di nullità sia poi esercitata.

Rispetto ai matrimonii incestuosi secondo il diritto comune dei paesi civili l'azione di nullità può essere fondata anche sulla legge territoriale, e sono evidenti le ragioni morali che giustificano l'azione, attribuita a tutti gl'interessati e al Pubblico Ministero, onde far dichiarare nulle le nozze incestuose, quali sono quelle tra parenti in linea retta e tra fratelli e sorelle.

Noi possiamo pure concedere, che il Pubblico Ministero possa fare opposizione a che sieno celebrate le nozze tra cognati o tra zio e nipote, supposto che nello Stato tali unioni siano vietate dalla legge, e riteniamo l'opposizione ammissibile a fine di evitare l'offesa al buon costume, ma, supposto che il matrimonio sia stato celebrato, non ci pare che possa essere il caso di fondare l'azione di nullità sulla legge territoriale, e riteniamo invece che essa debba essere retta dalla legge personale.

590. Con gli stessi principii deve risolversi la questione che può concernere l'azione di nullità fondata sull'impedimento derivante dall'adozione.

591. L'azione di nullità può essere parimente fondata sulla legge territoriale, quando questa sancisca un impedimento assoluto per la esistenza giuridica del matrimonio, a fine di tutelare direttamente il diritto sociale. Così ad esempio sarebbe il caso del matrimonio celebrato in Italia non ostante l'*impedimentum criminis* e contro il divieto assoluto sancito dall'art. 62 del Codice civile (1). Riesce chiaro,

(1) L'articolo 62 dispone così: Chi fu in giudizio criminale convinto reo

che il legislatore italiano vieta le nozze contaminate da un reato di sangue rispetto a tutti, e che la disposizione forma parte delle leggi di ordine pubblico e di polizia; per lo che non può escludersi l'azione da parte del Pubblico Ministero per far dichiarare nullo un matrimonio celebrato in Italia da stranieri, non ostante l'impedimento contemplato dall'art. 62, sia che la legge del loro paese contempli, sia che non contempli lo stesso impedimento. Aggiungiamo che l'azione dovrebbe ammettersi anche nell'ipotesi, che il giudizio criminale fosse seguito in paese estero (1).

592. L'azione di nullità di un matrimonio, quando può essere promossa tenendo presente le regole esposte fino a questo punto, dovrà essere retta dalla legge, sulla quale dovrà essere fondata l'istanza, non solo per quello che concerne il diritto di promuoverla, ma per quello che concerne altresì le persone che possono essere autorizzate ad esercitarla, i termini entro i quali l'azione può essere promossa, e le circostanze che si devono verificare pel legale esercizio dell'azione medesima. Conseguentemente, se a norma della legge, sulla quale è fondata l'azione, questa sia attribuita ai collaterali o ai terzi, ma solamente quando essi abbiano un interesse nato ed attuale per attaccare di nullità il matrimonio celebrato, tale circostanza dovrà verificarsi rispetto ad essi, onde ammettere l'azione da parte loro. Dovrà parimente tenersi presente la legge stessa per decidere circa le eccezioni che possono essere opposte alla domanda di nullità. Così dovrà dirsi ad esempio dell'eccezione fondata sul possesso di stato, che dovrà o no valere a coprire certe nullità fondate sulla mancanza delle condizioni richieste per la regolare celebrazione, o il difetto di certe formalità, a norma della legge regolatrice dei rapporti di famiglia.

---

o complice di omicidio volontario commesso, mancato o tentato, sulla persona di uno dei coniugi, non può unirsi in matrimonio con l'altro coniuge.

Se vi fu soltanto pronunciata la sentenza d'accusa, ovvero ordinata la cattura, si sospenderà il matrimonio sino a che il giudizio sia terminato.

(1) Vedi quanto fu scritto innanzi a proposito dell'efficacia estraterritoriale della sentenza penale, vol. I, §§ 179, 490.

CAPITOLO IV.

Degli effetti civili del matrimonio e della legge che deve regolarli.

593. Effetti civili che derivano dal matrimonio.
594. Ordine della trattazione.

593. Il matrimonio regolarmente celebrato produce importanti conseguenze giuridiche, le quali sono determinate dalla legge. Esso costituisce di per sè stesso la più notabile modificazione di stato, attribuendo all'uomo ed alla donna la qualificazione giuridica di coniugi, e alle persone che nascono dalla loro unione quella di figli legittimi; a coloro che poi nascono gli uni dagli altri, traendo la loro origine dall'autore comune, la qualificazione di parenti; ed ai parenti di un coniuge la qualificazione di affini a riguardo dell'altro. Cotesti rapporti tutti sono il fondamento di certi diritti e di certi doveri giuridici determinati dalla legge, e sono la conseguenza delle relazioni personali che col matrimonio vengono a stabilirsi tra marito e moglie: tra essi i loro figli e i discendenti: tra uno dei due coniugi e i parenti dell'altro.

Il matrimonio produce inoltre certi effetti a riguardo del patrimonio appartenente ai coniugi e fa nascere certi diritti e certi doveri rispetto a questo, tanto da parte dei coniugi stessi, quanto da parte dei figli e dei terzi.

Tutte le conseguenze giuridiche che derivano dal matrimonio prese nel loro insieme, ne costituiscono gli effetti civili, perchè traggono la loro origine dalla disposizione della legge, a cui esso deve essere soggetto.

594. Quantunque tutte le legislazioni dei popoli civili siano concordi nell'ammettere quegli effetti, che derivano dalla natura stessa e dallo scopo dell'unione coniugale, vi è non pertanto tra di esse una notabile diversità nello specificare i reciproci diritti e doveri dei coniugi, e quelli ai medesimi spettanti di fronte ai loro figli, ai

parenti, ed agli affini, la quale diversità dipende dal diverso concetto, che prevale in ciascun sistema di leggi a riguardo dell'organizzazione della famiglia: della condizione giuridica della donna maritata: della potestà maritale: della patria potestà: e del modo d'intendere le relazioni personali che con la parentela e l'affinità vengono a stabilirsi.

Una diversità anche notabile tra le leggi dei vari popoli si trova pure nella determinazione dei diritti spettanti ai coniugi ed ai figli sul patrimonio della famiglia.

Noi esamineremo in separati paragrafi le questioni che concernono gli effetti civili del matrimonio sotto il rispetto della legge che deve regolarli.

§ 1°

Della potestà maritale.

595. Concetto diverso della potestà maritale secondo le varie legislazioni. — 596. Conseguenze rispetto alla subordinazione della moglie al marito. — 597. Legge che deve governare la potestà maritale. — 598. Mezzi di esecuzione personale contro la moglie. — 599. Autorità della legge territoriale.

595. Il concetto diverso che ciascun legislatore si è formato a riguardo della potestà maritale, ha influito molto nel determinare, nei diversi sistemi di legislazione, la condizione giuridica della donna maritata. Secondo il concetto tramandatoci dai giureconsulti romani, essendo stata ammessa la superiorità del marito sulla moglie, ne è derivato, che la condizione di questa durante il matrimonio sia stata quella della sottomissione di un inferiore al superiore. Pothier, esponendo il concetto della potestà maritale, secondo la intendevano i giuristi antichi, così si esprime: « La puissance du mari sur la personne de la femme, consiste dans le droit qu'a le mari d'exiger tous *les devoirs de soumission qui sont dus à un supérieur* » (1).

---

(1) POTHIER, *Traité de la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme*, nⁱ 1 e 2.

Nel Codice francese le antiche vestigie dell'inferiorità della moglie di fronte al marito non sono sparite del tutto, avendo il legislatore sancito nell'art. 213 del Codice civile il principio della preminenza del marito: « *La femme doit obéissance à son mari* » il quale principio è stato poi accettato in tutti gli altri Codici, che seguirono le orme del Codice francese. I giuristi riaffermarono lo stesso concetto, e Merlin, discorrendo della potestà maritale, dice: « c'est un principe généralement reçu, que le mariage soumet la personne et les biens de la femme à la puissance de son mari » (1).

Nelle legislazioni germaniche e slave è stata invece esclusa ogni idea d'inferiorità naturale della donna di fronte all'uomo, e questo ha influito a determinare ben diversamente la condizione giuridica della donna maritata, considerando la società, che viene a stabilirsi col matrimonio, fondata sulle basi della perfetta uguaglianza.

Nelle legislazioni più moderne troviamo, che il concetto della potestà maritale, secondo il diritto romano, è completamente sparito, e la condizione giuridica della donna maritata è stata determinata non sulle basi dell'assoluta uguaglianza e della completa libertà ed indipendenza, ma bensì, ritenendo il principio dell'uguaglianza giuridica dei due sessi ed escludendo ogni idea di subordinazione, l'indipendenza della donna, a riguardo di certi atti relativi al patrimonio destinato a sopperire ai bisogni della famiglia, è stata limitata a solo fine di provvedere più convenientemente alla conservazione del patrimonio familiare. Questo è il concetto prevalso nel Codice civile italiano, nel quale non si trova più alcuna disposizione relativa all'ubbidienza, e nel quale è ammessa in principio la capacità giuridica della donna maritata, e solamente per certi determinati atti, tassativamente enumerati dal legislatore, codesta donna è soggetta all'autorizzazione del marito, e qualora questi, senza ragione, gliela ricusi, può domandarla al tribunale (2).

---

(1) *Répertoire*, v° *Puissance maritale.*

(2) Articoli 134, 136 Cod. civile. — Nel primitivo progetto presentato da Pisanelli era stato eliminato del tutto l'istituto dell'autorizzazione maritale eccetto solo che si trattasse di atti relativi a beni entrati nella comunione.

596. Questi diversi concetti, prevalsi nelle legislazioni e nei Codici moderni, hanno dato luogo ad una diversità di disposizioni di diritto positivo, e a riguardo della subordinazione della moglie al marito e dei diritti spettanti a questi sulla persona di lei; e a riguardo della capacità giuridica della medesima; ed a riguardo dei diritti rispettivi spettanti ai coniugi sui beni, e della facoltà di fare atti di amministrazione e di alienazione rispetto ad essi. Non mancano esempi di leggi di Stati liberi e civili, nei quali si ammette tuttora, che il marito possa gastigare la moglie, *flagellis et fustibus verberare*, e di essa restringere la libertà, quando si sia resa colpevole di qualche grave colpa condannandola alla prigione domestica.

Arreca veramente sorpresa, che cotesto diritto sia concesso dalla legge inglese, la quale, quantunque più d'ogni altra rigorosamente tuteli la libertà personale, concede non pertanto al marito la facoltà di mettere la propria moglie in prigione nella casa coniugale per correggere i traviamenti di essa e castigarla colla privazione della libertà, *restrain his wife of her liberty* (1). Fino al 1870 la *Common Law* negava del tutto la personalità giuridica alla donna maritata (2).

---

(1) STEPHEN, *Commentaries on the laws of England*, t. II, pag. 263, 7ª ediz., 1874.

(2) Ecco come il BLACKSTONE espone la condizione della donna maritata a norma della *Common Law*. La personalità giuridica della moglie è, salvo poche eccezioni, assorbita completamente da quella del marito. Dinanzi alla legge il marito e la moglie sono una persona sola: il marito ha potere ed autorità esclusiva sugli atti della moglie, e questa finchè è maritata è sotto la potestà e tutela del marito (*under the guardianship and coverture of the husband*). L'essere della donna maritata, secondo la *Common Law*, è quasi incorporato e consolidato in quello del marito. In conseguenza, la donna maritata non può fare alcun contratto valido od alcun atto giuridico in nome proprio; non può stare in giudizio, neanche per le sue ingiurie personali, ed il marito, durante il matrimonio, può disporre, indipendentemente dai patti nuziali di tutta la proprietà della moglie, e può conservarla a suo profitto se sopravviva ed abbia figli. — BLACKSTONE, *Comment.*, 441. La legge del 1870 ha modificata e migliorata la condizione giuridica della donna maritata. Prima che questa legge fosse stata promulgata, la Corte di cancelleria aveva concesso alla donna maritata di affidare i suoi beni mobili ed immobili ai *trustees;* i quali avevano l'obbligo di amministrarli separatamente a vantaggio della medesima. La donna aveva la

597. A noi non incombe d'esporre i diversi sistemi di leggi a tale riguardo, ed avendo di esse detto quanto che basti a far conoscere come sieno diverse, dobbiamo limitarci soltanto ad esporre come i conflitti debbano essere eliminati, e determinate l'autorità e l'applicazione delle varie disposizioni.

Per quello che concerne la legge che deve governare la potestà maritale, bisogna ritenere come regola, che, siccome le disposizioni, le quali determinano i diritti spettanti al marito sulla persona della moglie formano parte delle leggi di polizia, così non si può ammettere, che possano essere applicate in uno Stato le leggi straniere, che sieno in opposizione con la legge territoriale. La libertà personale, essendo tutelata dal diritto pubblico territoriale, non può ammettersi nessuna limitazione a suo riguardo, in virtù di una legge straniera.

---

libera disponibilità di questi beni, come se non fosse maritata, e sotto la protezione della Corte ne esigeva la rendita e poteva alienarli, riceverne e spenderne il prezzo, ed obbligarsi con garanzia su detti beni. Successivamente, per impedire che le donne maritate dissipassero le loro proprietà, fu stabilito che i *trustees* (*fidecommissarii*) dovessero conservare i beni costituiti in fidecommesso (*the property given in trust*) con l'obbligo di consegnarli, sotto la loro personale responsabilità, alla donna dopo la morte del marito, o ai figli dopo la morte di entrambi i coniugi, e senza facoltà di anticipare le rendite, le quali dovevano essere pagate a misura della scadenza effettiva.

Secondo questo sistema, che era il più comune in Inghilterra, la donna maritata poteva solo disporre delle sue rendite, e non sempre della loro totalità, potendo essere anche limitato il diritto di esigere tutte quelle scadute.

In mancanza di convenzioni matrimoniali, se la donna, durante il matrimonio, riceveva beni mobili, che per diritto comune passavano in potere del marito, la Corte, semprechè si trattasse di cose soggette alla sua giurisdizione, poteva costringere il marito a riservare una parte di detti beni per la moglie e per i figli. Di detti beni il marito avea soltanto l'usufrutto, il quale cessava alla morte di lui, e la proprietà era devoluta ai figli di entrambi i genitori.

Varii tentativi erano stati fatti in Inghilterra per migliorare la condizione della donna maritata, e concederle la capacità di godere e di disporre dei suoi beni al pari delle donne non maritate. La legge del 1870 è stata il risultato dei vari *bills* proposti in questo senso. Detta legge concede

Conseguentemente, qualora la legge estera concedesse al marito di adoperare verso la moglie certi gastighi moderati, come sarebbero ad esempio, la prigione domestica, ed altri mezzi consimili di correzione, di tale facoltà esso non si potrebbe valere in un paese, ove secondo la legge non gli fosse attribuito tale diritto. Lo stesso dovrebbe dirsi nell'ipotesi che secondo la legge estera fosse attribuito al marito il diritto di provocare dall'autorità giudiziaria la custodia della moglie colpevole, e così pure di ogni altro mezzo di correzione non consentito dalla legge territoriale (1).

598. Dovrà valere la stessa regola rispetto ai mezzi di esecuzione personale, che possono essere concessi al marito per ricondurre la moglie al domicilio coniugale, qualora senza giusta causa se ne fosse allontanata. Alcune leggi concedono al marito di adoperare la forza

---

però solamente la facoltà di disporre di determinate classi di beni tassativamente designati, ed ha migliorata sopratutto la condizione delle donne maritate della classe operaia.

Fra i beni che sono considerati come proprietà della donna maritata, e che possono da questa essere destinati a suo uso personale, sono annoverati: gli stipendii, i salarii ed i lucri acquistati nell'esercizio di una professione o di un commercio; le retribuzioni di uffici letterari, artistici e scientifici. Su detti beni il marito non ha alcun diritto, e solo le quietanze della moglie valgono a provare il pagamento.

Le donne maritate possono conservare come loro proprietà separata:

I depositi della Cassa di risparmio e le annualità dello Stato. — Le somme collocate in fondi pubblici. — Le azioni ed obbligazioni intieramente acquistate nelle Società per azioni *Joint stock Companies*. — Le azioni delle Società industriali di previdenza, di mutuo soccorso, di case operaie e di credito popolare. — Le polizze d'assicurazione sulla propria vita e su quella del marito.

Appartengono altresì in proprio alla donna i beni mobili che le siano attribuiti in una successione *ab intestato* e le somme superiori a lire sterline 200 acquistate per donazione o legato durante il matrimonio, e le rendite dei beni immobili acquistati per successione.

A riguardo di tutti i suddetti beni, la donna maritata può obbligarsi come se non fosse maritata, ed è tenuta al pagamento dei debiti contratti prima della celebrazione del matrimonio. — WESTLAKE, *Revue du droit international*, 1871, pag. 195.

(1) Vedi WHARTON, *Conflict of Laws*, §§ 119-120.

pubblica per ricondurre la moglie al domicilio coniugale (1). Altre gli negano tale facoltà. Ora, ci pare evidente, che il marito non possa invocare la sua legge personale per esercitare il suo diritto secondo essa dispone, perchè i mezzi coercitivi contro le persone devono essere assolutamente retti dalla legge territoriale (2).

Con ciò non intendiamo per altro di concedere, che se il marito si trovasse in un paese la legge del quale ammettesse l'uso della forza pubblica contro la moglie, che avesse abbandonato il domicilio coniugale, potesse di tale mezzo valersi, quantunque non fosse consentito dalla legge personale di lui. Ci pare invece, che la moglie straniera possa con ragione opporre lo statuto personale onde ottenere che i diritti di potestà maritale sieno limitati a norma di quanto essa dispone, perchè non evvi al certo alcun interesse sociale per applicare le disposizioni della legge territoriale a coniugi stranieri.

Conseguentemente, se si trattasse, ad esempio, di una famiglia italiana residente in Francia, e la moglie avesse abbandonato il domicilio coniugale, siccome la legge nostra non concede altro espediente in tale evenienza, che quello di esonerare il marito dall'obbligazione di somministrare gli alimenti alla moglie, ed inoltre di ottenere dall'autorità giudiziaria il sequestro temporaneo di parte delle rendite parafernali di essa; di tali espedienti soltanto e non di altri potrà valersi il marito italiano in Francia, perchè i diritti e i doveri dei coniugi italiani devono essere retti dovunque dalla legge italiana, e non vi può essere alcuna ragione per assoggettarli alla legge francese, che intende in diverso modo la potestà maritale.

---

(1) È così secondo il diritto francese. Vedi LAURENT, *Principes de droit civil*, n° 93, p. 124.

(2) Una discussione molto importante a tale proposito ebbe luogo in Italia nella causa Rosset c. Rosset coniugi francesi. Avendo il marito ottenuta una sentenza dal tribunale francese, con la quale era stato autorizzato ad invocare la mano militare per ricondurre la moglie al domicilio coniugale, nacque la questione se di tale mezzo coercitivo secondo il diritto francese poteva valersi contro la moglie che si trovava in Firenze. Vedi la sentenza della Cassazione di Roma 10 aprile 1878 nel *Foro Italiano* 1878, 521. — PESCATORE, *La coazione nella vita coniugale*, nel *Giornale delle Leggi*, 1878, pag. 163. — GIANZANA, *Lo Straniero*, v. I, p. 169.

599. La nostra teoria bisogna quindi intenderla nel senso, che in principio lo statuto personale deve predominare sullo statuto reale, ma che però non può concedersi l'applicazione della legge personale, quando sia in opposizione con la legge territoriale (1).

La legge territoriale potrà inoltre essere applicata, ogni qualvolta si tratti di provvedere alla sicurezza personale dei coniugi, e così, ad esempio, potrà essere dal magistrato territoriale autorizzata la separazione di fatto di due coniugi stranieri (2), e ne discorreremo nel capitolo seguente.

---

(1) Vedi PRADIER-FODÉRÉ, *Droit international public*, tom. III, § 1794 e seguenti.

L'insigne pubblicista riferisce la mia teoria come fu esposta nella prima edizione della presente opera pubblicata nel 1869, e che egli si compiacque di tradurre in francese, facendovi qualche osservazione critica. Reputo opportuno di far notare, che il principio fondamentale a riguardo della legge la quale a me pareva che dovesse regolare gli effetti del matrimonio, e i rapporti di famiglia è quello da me stabilito al § 84, che dice così: « Concludiamo che i rapporti di famiglia devono essere regolati dovunque « dalla legge della nazione del marito, purchè questa non contradica *il diritto pubblico* del luogo ove i coniugi sono domiciliati, o ove vogliono « far valere i loro diritti ». Traducendo codesto paragrafo il citato pubblicista scriveva nella sua nota: « Le système de M. Fiore est très satisfaisant, il a le mérite d'être beaucoup plus simple que les autres, et, de plus, il est tout à fait rationnel » (FIORE, p. 177, traduit par PRADIER-FODÉRÉ, Paris 1875). Ora tengo a dichiarare di non avere mutato menomamente il principio fondamentale di tutto il sistema, e sono ben lieto di constatare, che due illustri giureconsulti: il Mancini nella *Relazione intorno ai principii per risolvere i conflitti fra le leggi di Stati diversi*, presentata allo Istituto di diritto internazionale, nel 1874, e Laurent, nella sua nota opera: *Le droit civil international*, avendo spostato la base dello statuto reale coll'ammettere che il diritto pubblico, o il diritto sociale devono avere autorità territoriale a riguardo delle famiglie straniere, hanno così dato un valido e grande appoggio alla teoria che ci avea sostenuta, e che era prefettamente conforme a quella di cui essi sono poi divenuti valorosi propugnatori.

(2) Metz, 26 juillet 1865, *Pas*, 1866, 922. — Vedi, nello stesso senso, Dijon, 28 déc. 1859, SIR., 60, 2, 270; Colmar, 23 mai 1860, SIR., 60, 2, 488; Paris, 1 fév. 1864, SIR., 65. 2, 96; Lyon, 25 fév. 1857 (Rachel), *Palais*, 58, 1145, e *Pal., Répert.*, v° *Étranger*, n° 406.

§ 2°

Della condizione giuridica della donna maritata e della reciproca assistenza.

600. Condizione civile della donna maritata. — 601. Dell'obbligo reciproco di assistenza dei coniugi. — 602. Della capacità giuridica della moglie. — 603. Azioni di nullità da parte di una donna maritata. — 604. La necessità dell'autorizzazione maritale deve essere retta dallo statuto personale. — 605. Legge che deve regolare la capacità della donna maritata in caso di mutamento del domicilio coniugale o della cittadinanza. — 606. Condizione della donna legalmente separata. — 607. Condizione della vedova.

600. Uno degli effetti civili che deriva dal matrimonio è il diritto attribuito alla moglie di seguire la condizione civile del marito e di assumerne il cognome. Bisognerà per altro riferirsi allo statuto personale del marito onde risolvere a norma di esso ogni controversia a tale riguardo, come, ad esempio, può essere quella del diritto di usare i titoli nobiliari, le armi e via dicendo. Non mancano esempi di leggi, le quali, ammettendo pure in principio che la moglie segua la condizione del marito, fanno non pertanto qualche eccezione nel caso che un uomo di una classe elevata tolga in moglie una donna di classe inferiore, e dispongono, che la moglie debba conservare la sua condizione di origine, e che non possa partecipare alle prerogative nobiliari, di cui gode il marito, ed ai privilegi che sono annessi ai titoli di nobiltà.

In qualunque luogo sia stato celebrato il matrimonio, e qualunque sia il paese, nel quale i coniugi sieno stabiliti, e ove sia sollevata tale controversia, i tribunali devono risolverla applicando lo statuto personale. Anche quando secondo il diritto pubblico territoriale non sieno riconosciute le distinzioni nobiliari, e le conseguenze che derivano, quanto al godimento dei diritti civili, dall'appartenere alla classe dell'aristocrazia o della borghesia, si dovrà non pertanto applicare la legge personale del marito straniero, perchè il diritto sociale non può essere invocato per applicare la legge territoriale, onde deci-

dere circa la condizione civile di una moglie straniera, e circa gli effetti civili che possono derivare dal matrimonio tra stranieri (1).

601. Per quello che concerne l'obbligo reciproco di assistenza dei coniugi, ed il conseguente dovere che ha il marito di somministrare alla moglie ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle proprie sostanze, e quello della moglie di contribuire ai pesi della famiglia, ritenendo in massima, che cotesti doveri debbano essere retti dalla legge personale, quando si tratti di determinarne l'estensione e le modalità, deve non pertanto ammettersi, che, siccome essi derivano dalla società coniugale, secondo il diritto naturale e il diritto delle genti, così si deve riconoscere pure, entro i giusti limiti, l'autorità della legge territoriale, la quale dovrà essere applicata onde tutelare i principii morali ed il buon costume, che sarebbero lesi, se due coniugi, benchè stranieri, non adempissero quelle obbligazioni reciproche, che si devono considerare di ordine pubblico (2).

Il matrimonio è alla sua volta un'istituzione di diritto naturale e di diritto delle genti, e fa nascere tra i coniugi certi diritti e certi doveri, che derivano dalla legge morale, oltre quelli che derivano dalla legge civile, la quale rende giuridicamente obbligatorii certi doveri morali. L'osservanza di questi ultimi interessa evidentemente l'ordine pubblico, per lo che lo straniero, qualunque possa essere la legge della sua patria, non può essere esonerato dall'osservarli. Non

---

(1) Secondo il diritto prussiano, una donna non nobile, la quale si unisca in matrimonio con un membro di famiglia principesca, conserva la sua condizione d'origine, e non partecipa alle prerogative nobiliari, di cui può godere la famiglia del marito.

L'art. 4 della Costituzione prussiana, che ha soppresso ogni distinzione tra la borghesia e l'aristocrazia sotto il punto di vista del godimento dei diritti civili e politici, ha lasciato sussistere, quanto ai privilegi, la differenza tra le persone delle due classi, e non ha proclamato in tutto l'eguaglianza della condizione civile delle medesime (V. Hottzendorff, *Rechtslexicon*, v° *Mistheirrath*: Gengler, *Lehrbuch des deutschen Privatrechts*, part. 2ª, p. 386; Förster, *Theorie und Praxis des heutig. gem. preuss. Privatrechts*, t. III, p. 514 e segg.).

(2) Vedi la sentenza del Tribunale di Évreux, 15 février 1861 (Rey-Batellet), *Journal du Palais*, 1871, 131 in nota. — Cour de Bastia, 21 mai 1856 (Arata), *ivi*.

sappiamo, se vi sieno leggi che esonerino i coniugi dall'obbligo reciproco di assistenza, ma se pure vi fossero, bisognerebbe non pertanto ammettere, che un coniuge straniero residente in Francia o in Italia potesse a buon diritto invocare la legge vigente onde costringere l'altro coniuge a prestargli gli alimenti, perchè il sentimento morale e l'ordine pubblico sarebbero gravemente turbati nell'uno o nell'altro paese, se il marito potesse negare gli alimenti alla moglie in qualunque caso, e qualunque potesse essere la legge della loro patria (1).

602. Passiamo ora a discorrere della condizione giuridica della donna maritata avuto riguardo alla capacità e incapacità della medesima a fare validamente certi atti. Bisogna rispetto a ciò riconoscere l'autorità della legge personale del marito, la quale deve governare l'istituto dell'autorizzazione maritale, e le modificazioni che derivano dal matrimonio, a riguardo della capacità giuridica della donna maritata a cominciare dal momento della celebrazione del medesimo. Si dovrà quindi ammettere la incapacità generale della donna maritata, o la sua capacità a fare tutti gli atti relativi ai beni mobili o immobili senza bisogno di alcuna autorizzazione o la incapacità di lei limitatamente a certi atti soltanto, secondo dispone la legge personale del marito, a norma della quale dovrà pure decidersi, se per certi determinati atti occorra l'autorizzazione del marito, o quella del tribunale.

Tutte le distinzioni fatte dai giuristi antichi a riguardo della natura dell'istituto dell'autorizzazione maritale e dell'autorità della legge, a cui deve rimanere soggetto, non hanno alcuna importanza nel sistema da noi sostenuto. In qualunque paese una moglie straniera faccia atti relativi ai beni immobili ad essa appartenenti; in qualunque paese essa assuma obbligazioni contrattuali, bisognerà attenersi sempre alla legge regolatrice dei rapporti di famiglia, onde decidere circa la capacità di lei a fare o no validamente i detti atti. La legge del paese ove fossero situati gl'immobili, rispetto ai quali la moglie straniera avesse fatti atti di conservazione o di alienazione, non potrebbe essere utilmente invocata a fine di decidere a norma di essa della validità degli atti

(1) Confr. Tribunal de la Seine, 31 août 1878, CLUNET, *Journal* 1879, p. 66.

fatti da codesta moglie. Neanche potrebbe valere l'addurre l'ignoranza della legge straniera, onde respingere l'istanza della nullità delle obbligazioni assunte dalla moglie straniera incapace, perchè ognuno che contratta con una donna maritata straniera deve conoscere che essa non può validamente obbligarsi, che in conformità del proprio statuto personale, e quando sia a norma di questo capace. Il contraente, se ignorava quale fosse la condizione giuridica della moglie straniera, con la quale avesse contrattato, avrebbe dovuto cercare di saperlo, e non avendo fatto ciò dovrà solo imputare a sua negligenza, se per avventura abbia contrattato con l'incapace.

603. È chiaro che la legge stessa, da cui deve dipendere la capacità giuridica della donna maritata, è quella, che deve regolare altresì l'azione promossa da parte di lei, o da parte del marito, onde far dichiarare dal tribunale nulli gli atti fatti da essa, mentre non aveva la capacità giuridica secondo la sua legge. L'unica eccezione contro tale istanza potrebbe essere fondata sul fatto, che la donna straniera avesse con raggiri nascosta la sua condizione di maritata, o che li avesse adoperati per sorprendere fraudolentemente la buona fede di chi con lei avesse contrattato, facendo credere di essere cittadina di un paese, secondo la legge del quale essa sarebbe stata capace, mentre che effettivamente era cittadina di un altro paese, la di cui legge la dichiarava incapace.

604. Si dovrà parimente applicare la legge personale, onde decidere circa la validità dell'obbligazione assunta dal marito e dalla moglie simultaneamente; e per determinare quando la donna maritata debba ritenersi esonerata dall'obbligo di ottenere la previa autorizzazione del marito: e circa il valore dell'autorizzazione generale da esso data anteriormente, o di quella data con atto posteriore.

Supponiamo, a modo d'esempio, che una donna francese si sia maritata con un italiano, e che nel contratto di matrimonio il marito le abbia dato l'autorizzazione in genere per tutti gli atti relativi ai beni di lei: supponiamo che i beni immobili di cotesta donna si trovassero in Francia, e che essa, senza speciale autorizzazione del marito, li alienasse. Sarebbe valida cotesta alienazione? L'art. 223 del Codice francese così si esprime: ogni autorizzazione generale

tutto che stipulata col contratto di matrimonio, non può essere valida, se non relativamente all'amministrazione dei beni della moglie. Al contrario, il Codice civile italiano si differenzia sostanzialmente dal francese, essendo che questo ponga come regola che la donna maritata è incapace, e non ammette che alcune rare eccezioni, come sarebbero gli atti conservativi e i testamenti, mentre l'altro stabilisce in principio la capacità della moglie, e non esige l'autorizzazione del marito, che nei casi espressamente previsti ed enumerati nell'articolo **134**. Nel sistema italiano l'incapacità e l'autorizzazione maritale costituiscono quindi l'eccezione, ed è per questo che il legislatore attribuisce al marito la facoltà di far sparire ogni eccezione, concedendo alla moglie con atto pubblico l'autorizzazione in genere per tutti o per alcuni degli atti, pei quali essa dev'essere autorizzata. Il conflitto fra la legge nostra e quella francese è quindi sostanziale. Da codesta diversità di leggi ne consegue che l'alienazione di un immobile sarebbe valida, se si dovesse decidere intorno ad essa a norma del Codice civile italiano, e non valida a norma del Codice francese, secondo il quale è sempre richiesta l'autorizzazione speciale del marito, onde rendere la donna maritata capace di alienare un immobile. La validità o la nullità della vendita dipenderebbe quindi dal ritenerla soggetta alla legge francese o all'italiana, lo che dovrebbe poi dipendere dal riconoscere rispetto all'alienazione di un immobile esistente in Francia consentita da una donna maritata, l'autorità prevalente dello statuto reale, o dello statuto personale.

In Francia non sono mancati scrittori, i quali, partendo dal concetto che la legge, la quale dichiara la donna maritata incapace di alienare, sia legge di ordine pubblico, ne hanno dedotto che la donna straniera non possa prevalersi del suo statuto personale relativo all'autorizzazione maritale, ma che debba invece sottostare a quanto a tale riguardo dispone la legge francese. Questa teoria sostenuta da Coquille (1) fu accettata da Merlin, il quale, partendo dal principio che « le statut personnel cède devant les lois qui sont d'ordre public, et

(1) COQUILLE, *Sur la coutume du Nivernais*, chap. XIII, art. 1er.

de bonnes mœurs, concluse, che l'autorisation maritale étant d'ordre public, et intéressant les bonnes mœurs, la femme étrangère ne peut se prévaloir de son statut personnel » (1).

La Corte di Parigi, nella causa Bonar c. Hervas, riaffermò gli stessi principii. Si trattava infatti di una donna francese maritata con uno spagnuolo, e stabilita a Parigi, la quale si era obbligata solidariamente col marito, dando ipoteca su di un immobile esistente in Francia, e, discutendosi se la validità dell'obbligazione da essa assunta dovea essere valutata a norma della legge spagnuola o di quella francese, ritenne che si dovesse applicare la legge francese, perchè « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française », ed inoltre perchè i contratti fatti in Francia devono essere giudicati ed apprezzati a norma della legislazione quivi vigente (2). La Cassazione rigettò il ricorso (3).

Noi dobbiamo richiamare quello che fu detto e dimostrato nella parte generale (4), onde provare che i principii adottati dalla Corte di Parigi, e sostenuti dagli scrittori francesi potevano essere accolti nell'antico sistema, che si inspirava ai concetti del realismo feudale, ma che non sono conciliabili con i più giusti concetti prevalsi nel diritto moderno, che riconosce la capacità delle persone soggetta dovunque alla loro legge personale, senza fare alcuna distinzione secondo che si tratti di atti relativi a beni mobili o immobili, e situati in uno od in un altro paese.

La legge che regola l'istituto dell'autorizzazione maritale forma indubbiamente parte dello statuto personale. Essa provvede pure alla conservazione dei beni, ma nell'interesse della famiglia. Il diritto e l'interesse sociale sono in causa, ma nel senso soltanto, che ogni famiglia costituita debba rimanere dovunque soggetta alla legge, che regola i rapporti tra i membri della medesima, anche relativamente al patrimonio familiare. Quale interesse vi può essere di applicare

---

(1) MERLIN, *Répertoire, au mot Effect rétroactif*, section III, § 2, art. 5°.

(2) Cour Royale de Paris, 15 mars 1831. *Journal du Palais*, 1831, pag. 1328.

(3) Cassation, 17 juillet 1833; *ivi*, 1833, pag. 691.

(4) Vedi vol. I, cap. III, p. 100-123.

alle famiglie straniere le leggi fatte per regolare i rapporti della famiglia nazionale? La donna francese, che si unì in matrimonio con un italiano, divenne italiana, e quindi il suo stato e la sua capacità personale devono essere soggetti alla legge italiana, a cui spetta provvedere alla conservazione del patrimonio delle famiglie italiane: laonde essa sarà capace o incapace, soggetta o non soggetta all'autorizzazione del marito, o del tribunale, a seconda di quanto dispone intorno a ciò la legge italiana.

Capace di alienare un immobile a norma di cotesta legge potrà alienare l'immobile, ovunque esso si trovi. Nè al certo si potrà immaginare che l'ordine pubblico in Francia possa essere turbato, se una donna italiana disponga dei suoi beni esistenti in Francia a norma della legge, che deve regolare la sua condizione civile e la sua capacità giuridica.

Dalle quali cose noi concludiamo che l'autorizzazione maritale e la capacità della donna maritata, dovendo essere rette dovunque dallo statuto personale (che nel nostro sistema dev'essere quello dello Stato di cui il marito è cittadino) (1), l'alienazione dell'immobile situato in Francia nell'ipotesi da noi fatta dovrà essere reputata valida. Per la medesima ragione nel caso deciso dalla Corte di Parigi avrebbe dovuto essere applicata la legge spagnuola e non la francese, onde decidere se doveva o no ritenersi valida l'obbligazione assunta dalla moglie spagnuola unitamente al marito di lei e solidariamente (2).

---

(1) A norma del Codice della Repubblica Argentina, il quale sancisce le regole di diritto internazionale che concernono il matrimonio, nei numeri 159 a 165, si trova invece disposto che i diritti e i doveri degli sposi sono retti dalla legge del domicilio matrimoniale fino a tanto che lo conservino, e che quando essi lo mutino, i loro diritti e doveri personali devono essere retti dalla legge di quello nuovo. S'intende benissimo che nel sistema da detto Codice sancito si deve reputare legge personale della famiglia quella del domicilio coniugale, questo per altro non modifica nella sostanza la soluzione da noi data, ma modifica soltanto il concetto della legge personale.

(2) Nella giurisprudenza americana è prevalsa una diversa regola secondo riferisce WHARTON, e generalmente si applica la legge del domicilio per decidere della capacità di una donna maritata (*Conflict of Laws*, §§ 119-121 e le note ivi.)

605. Può sorgere qualche difficoltà a proposito della legge che deve regolare la capacità della donna maritata nell'ipotesi, che venga a verificarsi un mutamento della condizione giuridica per essa stabilita, quando fu celebrato il matrimonio. Ciò può accadere nel caso che durante il matrimonio venga ad essere mutato il domicilio coniugale, o quando venga a verificarsi il mutamento di cittadinanza da parte del marito, o quando sia stata pronunciata tra i coniugi la separazione personale, o quando la moglie resti vedova.

Il mutamento del domicilio coniugale non può avere importanza nel sistema da noi seguito, perchè i rapporti di famiglia, dovendo essere retti dalla legge dello Stato, di cui il marito è cittadino, ed il mutamento di domicilio, non potendo quindi valere a mutare il diritto che deve regolare i rapporti che derivano dal matrimonio, non può influire a modificare la condizione giuridica della donna maritata (1). Nel sistema invece che considera il domicilio coniugale, come quello che stabilisce il diritto regolatore dei rapporti di famiglia, la soluzione della difficoltà può essere diversa, perchè siccome alla moglie che non sia legalmente separata, è attribuito lo stesso domicilio del marito, e si deve quindi ritenere mutato il domicilio di lei, quando sia mutato il domicilio del marito, così mutato il domicilio coniugale durante il matrimonio, la condizione giuridica della donna maritata sarebbe modificata, e conseguentemente per decidere circa la validità o nullità degli atti da essa fatti dopo l'avvenuto mutamento del domicilio coniugale la legge del nuovo domicilio dovrebbe essere applicata, e per gli atti fatti anteriormente la legge dell'antico domicilio.

Nel sistema da noi seguito il dubbio può sorgere nel caso che, durante il matrimonio, il marito venga ad acquistare la cittadinanza di un altro paese, così bisognerà, in tale evenienza, tener presente quanto fu detto innanzi circa la condizione della moglie di uno che abbia acquistato una nuova cittadinanza (2).

606. Della separazione giudiziaria discorreremo nel capitolo seguente, e diremo ivi degli effetti che essa può produrre a riguardo della condizione giuridica della moglie.

---

(1) Vedi quanto fu detto nel cap. II della Parte generale.

(2) Vedi vol. I, §§ 338, 339, 349, 396.

607. Nell'ipotesi, finalmente, che la donna resti vedova, siccome in principio essa conserva la cittadinanza acquistata col matrimonio, così dovrà continuare ad avere la medesima condizione giuridica acquistata. Qualora poi essa, avvalendosi del diritto di ricuperare la sua cittadinanza originaria, l'avesse riacquistata, tale fatto, venendo a mutare rispetto alla medesima lo statuto personale, produrrebbe il mutamento della sua condizione giuridica, la quale dovrebbe in avvenire essere determinata a norma della legge della di lei cittadinanza primiera riacquistata. Però, siccome il mutamento dello statuto personale dovrebbe essere conciliato col rispetto dovuto ai diritti acquisiti, come fu detto innanzi (1), così la capacità della vedova, a riguardo degli atti d'amministrazione dei beni dei suoi figli, dovrà essere retta a seconda della legge, che regolava i rapporti della famiglia, prima che si fosse verificato il riacquisto della cittadinanza per parte di lei, lo che dipende da ciò, che cioè le condizioni imposte alla vedova a norma della legge regolatrice dei rapporti di famiglia a riguardo dell'amministrazione dei beni dei suoi figli sono il fondamento di tanti diritti acquisiti dagli amministrati, e non potrebbero essere governati a seconda della nuova legge personale della vedova senza dare all'acquisto della cittadinanza effetto retroattivo rispetto ai diritti acquistati dai figli. La vedova non potrà quindi acquistare una capacità più estesa a riguardo dell'amministrazione dei beni dei suoi figli, nè potrà essere esonerata dall'osservare le disposizioni relative sancite dalla legge dello Stato, di cui il defunto marito era cittadino.

§ 8°

Dei diritti e dei doveri dei coniugi verso la prole. Patria potestà.

608. Diritti e doveri dei coniugi verso la prole. — 609. L'istruzione obbligatoria deve dipendere dallo statuto personale. — 610. Così pure le controversie che concernono il mantenimento dei figli. — 611. Della patria potestà nel diritto antico e in quello moderno. — 612. Sono diversi i diritti attribuiti al padre nei diversi sistemi. — 613. Preva-

(1) Vedi vol. I, §§ 349 e seguenti.

lenza dello statuto personale. — 614. Conflitto tra la legge personale del padre e quella del figlio, dottrina di Merlin. — 615. Opinione nostra circa la legge che deve regolare la patria potestà. — 616. Diritto dei genitori a riguardo dell'educazione religiosa dei loro figli. — 617. Dottrina dei giuristi circa la legge che deve regolare gli effetti della patria potestà relativamente ai beni. — 618. Opinione nostra. — 619. Del diritto di usufrutto legale in caso di mutamento di cittadinanza da parte del genitore. — 620. Come debba essere provveduto all'amministrazione dei beni del figlio in caso d'abuso.

608. I diritti e i doveri dei coniugi verso la prole sono tra gli effetti civili che derivano dal matrimonio in conseguenza della natura stessa di tale istituzione e delle norme stabilite dal legislatore. In principio, si deve ammettere, che cotesti diritti e cotesti doveri debbano essere governati dalla legge medesima, destinata a regolare i rapporti di famiglia. Deve non pertanto riconoscersi, che alcuni di essi possono essere assoggettati alla legge territoriale, ogniqualvolta che questa dichiari certi doveri giuridicamente obbligatori con l'intendimento di tutelare il principio morale, secondo cui la famiglia dev'essere organizzata, tenuto conto della natura di questa istituzione, e degli obblighi che ne derivano secondo il diritto delle genti. La legge, che impone ad ambidue i coniugi l'obbligazione di mantenere, educare, istruire la prole, converte in obbligazione civile quella che, secondo la legge morale, deriva dal matrimonio, come istituzione di diritto delle genti; essa dev'essere quindi considerata come una legge di ordine pubblico e di polizia: laonde uno straniero non potrebbe essere sottratto in Italia, in Francia ed in tutti gli altri paesi civili dall'adempiere tali obblighi, senza che ne venisse offeso l'ordine pubblico ed il buon costume.

Lo statuto personale può essere invocato opportunamente per determinare come l'onere dell'educazione della prole debba essere sopportato dai genitori, che abbiano mezzi, e come debba essere provveduto, quando essi non li abbiano, e quali persone debbano essere chiamate a provvedere, ed in quali proporzioni tenute a contribuire.

609. Ci sembra inoltre che debba essere risoluta a norma della legge personale la questione dell'istruzione obbligatoria. È stato detto

veramente, che siccome la legge, che impone l'istruzione obbligatoria, è di ordine pubblico, così debba essere riconosciuta la sua autorità anche a riguardo degli stranieri (1). Non intendiamo di contestare che, rispetto ai cittadini, codesta legge abbia il carattere di una di quelle di ordine pubblico; osserviamo non pertanto che, siccome il principio dell'istruzione obbligatoria ha dato luogo a molte dispute, quando si è trattato di giustificarla rispetto ai cittadini, così ci pare che là, ove tale legge sia sancita dal sovrano dello Stato, possa assoggettare ai suoi precetti imperativi coloro soltanto, che facciano parte della stessa comunità politica, e non già gli stranieri. Non ci sembra di ravvisare in essa legge il carattere di legge di polizia, onde renderla obbligatoria per tutti coloro che dimorino nello Stato. Cotesto carattere si deve ravvisare indubbiamente in quelle leggi che tutelano la sicurezza personale dei fanciulli, come sono quelle che di essi limitano il lavoro nelle fabbriche, nelle miniere, negli opifici manifatturieri e simili, e che devono essere applicate tanto agli stranieri quanto ai cittadini.

610. In tutte le altre controversie, che concernono i rapporti personali tra i genitori e la prole, e che possono sorgere, quando si tratti di specificare l'obbligo ad essi imposto di provvedere al mantenimento di lei, dovrà applicarsi lo statuto personale. Così, ad esempio, per decidere se il padre sia tenuto a mantenere il figlio, che abbia abbandonata la casa paterna: se possa essere costretto a fargli un assegnamento per causa d'impiego, o di matrimonio, bisognerà attenersi alla legge straniera.

611. Passiamo ora a discorrere del diritto eminente a riguardo della persona e dei beni dei figli spettante al padre di famiglia, del diritto cioè di patria potestà.

La denominazione di patria potestà è stata sempre usata nelle varie legislazioni per indicare il potere civile dei genitori sui figli ed anche sui nipoti, ed il diritto di rappresentarli in tutti gli atti civili e di amministrarne i beni. Cotesto istituto, valutato secondo la sua natura

---

(1) Confr. LAURENT, *Droit civil international*, Vol. V, §§ 75, 81. — DESPAGNET, *Droit intern. privé*, § 344.

ed il suo scopo, è stato generalmente ordinato a stabilire nella famiglia l'autorità paterna, e ad organare un potere di dominio, o un potere di protezione nell'interesse del figlio, a fine di dirigere la persona di lui e custodirne i beni.

Le disposizioni di diritto positivo sono state perciò diverse secondo il diverso modo d'intendere i rapporti di subordinazione dei figli di fronte ai genitori, e di tutelarne e proteggerne gli interessi patrimoniali. Una differenza sostanziale si trova nel concetto giuridico dell'istituto. Secondo le idee prevalse nel diritto romano, la patria potestà rappresentava il complesso dei diritti appartenenti al padre sui beni e sulla persona dei figli, i quali trovavano la loro base sul potere supremo attribuito ad esso nella famiglia. *Pater autem familias*, diceva Ulpiano, *appellatur qui in domo dominium habet* (1). Posto che il potere del padre fosse un diritto di dominio, era naturale, che la patria potestà, come veniva intesa nel diritto romano, dovesse reputarsi stabilita nell'interesse del padre ed a suo vantaggio, che non dovesse essere attribuita alla madre: che dovesse perdurare fino a tanto che il padre non avesse a tale suo diritto rinunciato, emancipando il figlio: e che dovesse essere molto estesa la potestà paterna a riguardo della persona e a riguardo dei beni del figlio, il quale non aveva personalità propria, essendo che la famiglia fosse una persona, che si personificava nel padre, che di essa tutta riassumeva la capacità giuridica.

Nel diritto moderno invece la soggezione del figlio al padre non è stata considerata fondata sul concetto di subordinazione dell'uno all'altro, la quale implicava un sommo e supremo potere, ma è stata reputata, invece stabilita sui sentimenti naturali invincibili, che impongono al figlio il rispetto riverente verso colui, da cui egli ebbe la vita, e che lo spingono a riconoscerlo come il suo consigliere, il

(1) L. 195, § 2, *De verborum significatione*.

La patria potestà era una specie di magistratura domestica. Fu per questo che gli antichi romani attribuirono al padre poteri e prerogative eccezionali, e dissero che nessun altro popolo aveva la potestà dei padri romani: *Jus potestatis quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum*.

suo protettore, il suo leale amico. L'autorità paterna è stata intesa così istituita dalla natura medesima, senza bisogno di considerarla fondata sulla superiorità e sull'alto dominio, che implicavano il concetto di dispotismo: e conseguentemente la patria potestà è stata considerata come fondata sull'obbligazione naturale della protezione dovuta dal genitore al figlio, e sull'obbligo di assisterlo, di dirigerlo, di provvedere nel modo più conveniente allo sviluppo delle forze fisiche, intellettuali e morali di lui, e a quanto può concernerne l'educazione. Così essa è stata reputata piuttosto come un diritto del figlio, che, come un diritto del padre, è stata concessa al padre e alla madre, ammettendo anche a riguardo di ciò l'eguaglianza dei coniugi nella famiglia; al padre ne è stato invero concesso l'esercizio durante la sua vita, onde fosse egli così riconosciuto come capo della famiglia, e la durata è stata limitata in proporzione dei bisogni del figlio, in favore del quale venne istituita, cioè sino all'epoca della maggiore età del medesimo o della sua emancipazione (1).

612. A seconda che nelle legislazioni dei diversi paesi è prevalso l'uno o l'altro dei due sistemi troviamo la patria potestà governata in maniera da attribuire al padre diritti più estesi o più limitati sulla persona e sui beni del figlio, e protratta l'autorità del medesimo più o meno lungamente. Secondo il nostro Codice essa è attribuita al padre ed alla madre, durante il matrimonio è esercitata dal padre, salvo il caso che egli se ne sia reso indegno (art. 220). Essa può perdersi quando il genitore sia dichiarato assente o per effetto di condanna criminale alla pena dell'ergastolo o dei lavori forzati a vita (art. 241). Dura fino all'età maggiore (21 anni) o all'emancipazione, la quale può avvenire per volontà del genitore, quando il figlio abbia compito diciotto anni (art 311), o segue di diritto in conseguenza del matrimonio (art. 310). Sono pressochè conformi le disposizioni

(1) Questi concetti sono prevalsi nella legislazione italiana, tanto che quando si trattò di discutere il progetto del vigente Codice civile, vi fu chi opinava che si dovesse mutare il titolo, surrogando nella rubrica alle parole *patria potestà* quelle di *autorità paterna* o altre che meglio valessero ad esprimere il nuovo concetto. — Verbali della Commissione di coordinamento verbale, n. 13, seduta del 28 aprile 1865.

del Codice civile francese, di quello olandese, e di quelli modellati sul Codice Napoleone, ma sono diverse le disposizioni del Codice austriaco e di quelli di tutti i paesi, nei quali sono prevalsi i principii del diritto romano.

613. In massima bisogna ammettere, che la patria potestà debba essere retta dalla legge medesima, che deve governare i rapporti di famiglia. La natura e lo scopo dell'istituto giuridico valgono a stabilire la prevalenza dello statuto personale. Infatti tutto il complesso delle disposizioni, essendo fondato sul diverso modo d'intendere i rapporti tra il genitore e la prole, non vi può essere ragione di applicare agli stranieri le leggi fatte per i cittadini.

Alcuni hanno opinato che si dovesse dare la prevalenza alla legge del domicilio (1), e coloro, che hanno considerato la patria potestà stabilita nell'interesse del figlio, hanno poi sostenuto, che si dovesse dare la prevalenza alla legge del paese ove il padre era domiciliato al momento della nascita del figlio, e ciò per la ragione che sotto l'impero di quella legge cominciarono ad essere i rapporti di paternità e di filiazione. Cotesta teoria è la meno sostenibile, perchè se si accettasse, ne seguirebbe che la patria potestà rispetto ai figli nati in paesi diversi dovesse essere governata in diverso modo, e così verrebbe a mancare l'unità nel regime della famiglia. Altri invece hanno detto, che si deve tener conto della legge del domicilio matrimoniale, perchè essi considerano questa come regolatrice dei rapporti di famiglia (2). Noi però abbiamo dimostrato, che l'opinione migliore è quella che ammette, che tutto debba dipendere dalla legge dello Stato di cui sia cittadino il marito al momento, in cui celebra il matrimonio, e riteniamo che da essa debba dipendere in principio la patria potestà, e quindi il complesso dei diritti e dei doveri reciproci del padre, della madre e della loro prole.

614. Reputiamo inoltre opportuno di aggiungere, che siccome la patria potestà deve ritenersi principalmente istituita nell'interesse dei

(1) Vedi Wharton, *Conflict of Laws*, § 252. — Story opina che si debba applicare la legge del domicilio attuale, perchè la legge di patria potestà ha il carattere di statuto reale.

(2) Savigny, *Trattato del diritto romano*, t. VIII, § 380.

figli, così la legge, la quale deve governarla, non può essere mutata, se durante il matrimonio il padre acquistasse la cittadinanza di un altro Stato, imperocchè, non potendo la cittadinanza avere effetto retroattivo a riguardo dei diritti di famiglia acquisiti secondo la legge della cittadinanza anteriore, perciò il mutamento di cittadinanza per parte del padre non potrebbe modificare la condizione giuridica dei figli nati prima dell'acquisto della nuova cittadinanza. Conseguentemente, la legge della nuova patria di elezione, regolatrice della potestà paterna, potrà essere applicata ai figli nati dopo che la nuova cittadinanza sia stata acquistata, ma non a quelli nati prima, ai quali, per tutto quello che concerne i loro rapporti col padre, dovrebbe essere applicata la legge della patria originaria, e non quella della patria di elezione del padre. Così nel sistema da noi seguito si evitano gl'inconvenienti, che si possono verificare in quello che ammette, che tutto debba dipendere dalla legge del domicilio, e che implica conseguentemente che il padre possa acquistare diritti maggiori sulla persona e sui beni del figlio col mutamento del domicilio (1).

Merlin, che è tra coloro che sostengono cotesta teoria, che cioè il mutamento del domicilio del padre debba esercitare la sua influenza sulla patria potestà, cerca di giustificare il suo modo di pensare adducendo che le leggi, che la regolano, interessano l'ordine pubblico. Egli suppone il caso di un figlio nato in un paese, la di cui legge ammetta la patria potestà sino alla maggiore età, e che codesto figlio vada a dimorare col padre in un paese retto dal diritto romano, e solleva il dubbio se tal figlio potrebbe pretendere di essere assoggettato alla patria potestà secondo le leggi della sua patria, e lo risolve in senso negativo: « Les lois qui intéressent l'*ordre public* et les *bonnes mœurs*, egli scrive, obligent tous ceux qui habitent le territoire qu'elles régissent, et elles les obligent, du moment qu'ils y mettent le pied. Or,

(1) Boullenois, discutendo cotesta questione, cerca di distinguere i diritti acquistati con l'antico domicilio e quelli che incominciano ad essere nel nuovo, ma non potendo fissare criteri sicuri, conclude: *quel affreux mélange! quel embarras.* — *De la personnalité et réalité des lois*, t. II, pag. 35.

telle est, suivant les notions que nous ont transmises nos ancêtres, la loi qui soumet l'enfant à la puissance paternelle. Que nous importe donc que vous ayez vécu précédemment sous une loi plus relâchée? Nous ne pouvons pas souffrir, qu'en vivant ici, dans une indépendance qui offenserait des usages sacrés pour nous, vous donniez à nos enfants des exemples funestes » (1).

615. Non sappiamo veramente comprendere come l'ordine pubblico possa essere interessato, a che sieno applicate agli stranieri le disposizioni di legge fatte per regolare i rapporti fra il genitore e la prole cittadini. È forse leso il diritto sociale se un padre straniero eserciti la patria potestà fino a che il figlio abbia ventun anno, supposto pure che secondo la legge territoriale possa esercitarla finchè ne abbia ventiquattro? È forse leso, se un padre straniero amministri i beni del figlio secondo la legge della loro patria? Se possa o no godere l'usufrutto legale sui beni del medesimo a norma di quanto codesta legge dispone e via dicendo?

Possiamo ammettere, che certe disposizioni che regolano il potere del padre sulla famiglia e l'esercizio dei diritti spettanti ad esso sulla persona del figlio, debbano avere autorità territoriale, ogni qualvolta che esse possano considerarsi come leggi di polizia o di ordine pubblico, e tali sono certamente quelle che regolano l'esercizio del diritto di correzione. Il padre straniero dovrà quindi essere assoggettato alla legge territoriale, ogni qualvolta che si tratti di determinare come egli debba esercitare i suoi diritti sulla persona del figlio; di quali mezzi e di quali espedienti egli possa valersi per correggere i traviamenti del medesimo, perchè tutte le leggi, che provvedono alla sicurezza ed alla tutela della persona, avendo il carattere di leggi di polizia, sono imperative rispetto a tutti coloro, che dimorano nello Stato, sieno essi cittadini o stranieri.

Conseguentemente, supposto che la legge straniera attribuisse al padre, che non riuscisse a frenare i traviamenti del figlio, di farlo rinchiudere in una prigione e tenervelo da uno a sei mesi, così come

---

(1) MERLIN, *Répertoire, Puissance paternelle*, sect. 1re.

dispone il Codice francese (1), è chiaro, come di codesto potere esso non potrebbe valersi in un paese, ove tale mezzo di correzione non fosse consentito dalla legge. Così pure un padre olandese non potrebbe invocare la legge della sua patria, che è pressochè conforme a quella francese, per ottenere in Italia dal Presidente del tribunale l'ordine d'imprigionare il figlio, perchè nessun mezzo di esecuzione personale può essere legittimato in Italia, che in conformità della legge italiana, la quale concede soltanto al padre, che non riesca a frenare i traviamenti del figlio, di allontanarlo dalla famiglia assegnandogli, secondo i mezzi, gli alimenti strettamente necessari, o di ricorrere al Presidente del Tribunale per collocarlo in quella casa o in quello istituto di educazione, o di correzione, che reputi più conveniente. Possiamo quindi concedere che gli stranieri, i quali si trovino in Francia possano valersi di quanto dispone la legge francese per frenare i traviamenti dei loro figli, anche quando sieno diverse le leggi della loro patria, sempre per la ragione che quelle disposizioni hanno il carattere di leggi di polizia; ma non possiamo concedere parimente, che un padre francese possa invocare la sua legge all'estero quando sia ad essa contraria la legge territoriale.

La legge territoriale può altresì in certi casi eccezionali essere applicata a fin di tutelare l'ordine pubblico ed il buon costume, e tale sarebbe, ad esempio, il caso di un padre straniero, che si trovasse in Italia, e che avendo allontanato il figlio minore dalla famiglia, non volesse assegnargli gli alimenti strettamente necessari; in tale ipotesi, egli potrebbe essere costretto a norma di quanto dispone la legge nostra, perchè il sentimento morale del popolo italiano sarebbe offeso, se il figlio di uno straniero fosse costretto a patire la fame per colpa del padre.

Salvo questi casi eccezionali, nei quali la legge territoriale relativa alla patria potestà può essere applicata anche agli stranieri, fa di mestiere riconoscere nelle disposizioni che la regolano, il carattere dello statuto personale, laonde bisognerà attenersi a quanto dispone la

---

(1) Art. 375, 378.

legge straniera, onde decidere a chi spetti la patria potestà, e rispetto a quali persone essa possa essere esercitata; e quale sia la sua durata; e quando debba ritenersi cessata; quando sospesa, e in quali circostanze e sotto quali condizioni essa possa essere limitata: quali sieno i diritti accessori compresi in quello di assistenza, come può essere, ad esempio, il diritto di acconsentire al matrimonio, all'adozione, e via dicendo.

616. Per quello che concerne il diritto che può avere il padre di sciegliere la confessione religiosa per i suoi figli minori, osserviamo, che in massima non si può contestare che debba ritenersi compreso in quello di potestà dei genitori, e che deve essere attribuito principalmente al padre, cui spetta, come capo della famiglia, di provvedere all'educazione morale e religiosa dei figli.

La difficoltà rispetto a questo può sorgere nell'ipotesi che secondo lo statuto personale, da cui deve dipendere l'esercizio della patria potestà, venisse limitato a tale riguardo il diritto del padre, e fosse stabilito ad esempio che nel caso di matrimonii misti, quando il marito appartenesse al culto cattolico i figli dovessero essere educati nella religione cattolica, e quando la madre sola fosse cattolica le figlie dovessero seguire la religione della madre, ed i figli quella del padre. Potrebbe accadere che un cittadino di tale paese, trovandosi in uno Stato estero, volesse educare tutti i figli nella sua confessione religiosa, e che a ciò si opponesse la madre, la quale, essendo cattolica, invocasse lo statuto personale e adisse il tribunale a fine di ottenere che il marito di lei fosse costretto ad educare le figlie nella confessione cattolica.

A noi sembra che in tale evenienza il tribunale straniero adito non potrebbe accogliere l'istanza e costringere il padre ad educare i propri figli nell'una o nell'altra confessione religiosa, perchè le controversie di simile natura non sono tra quelle che possono formare materia di contestazione giudiziaria. Il diritto del padre a provvedere all'educazione morale dei figli dev'essere reputato un diritto sacro, che egli deve esercitare sotto la sua propria responsabilità, essendo esso il solo giudice di quello che possa maggiormente convenire al benessere temporale e spirituale dei propri figli.

Giova inoltre considerare, che leggi, le quali regolano cotesta materia, non si possono considerare come formanti parte dello statuto personale, onde sostenere che esse debbano accompagnare la persona dovunque; esse formano bensì parte delle leggi politiche e di quelle di polizia, le quali, appunto perchè tali, non possono avere autorità extra-territoriale. In Austria, ove con la legge del 25 maggio 1868 fu provveduto all'educazione religiosa dei figli nel caso di matrimonii misti, il carattere di quella legge risulta evidente dall'articolo 140 del Codice civile il quale dice: « Le leggi *politiche* determinano in qual religione debbano essere educati i figli dei genitori, che non professano la stessa religione, ed in quale età i figli possano abbracciarne una diversa, da quella in cui furono educati ». Riesce chiaro, come non si possa domandare ad un tribunale straniero di applicare la legge austriaca o quelle ad essa somiglianti circa l'educazione religiosa dei figli, perchè tutte coteste leggi non formano parte dello statuto personale, ma sono invece leggi di polizia.

Con più ragione poi deve ammettersi che il tribunale debba dichiararsi disinteressato a conoscere tali controversie, se l'istanza sia fondata su patti intervenuti tra i coniugi nel contratto di matrimonio, perchè simili patti devono essere considerati come un impegno di onore, e non possono far nascere un'obbligazione giuridica per promuovere un'azione giudiziaria.

La controversia, nel soggetto che esaminiamo, potrebbe presentarsi sotto un altro punto di vista nell'ipotesi, che secondo lo statuto personale dei coniugi stranieri non fosse provveduto in alcuna maniera a regolare il diritto del padre di mutare durante la minorennità la religione dei propri figli, e che trovandosi i coniugi in uno Stato, la legge del quale inibisse al padre di mutare la confessione religiosa del figlio minore, la madre invocasse cotesta legge a fine di impedire che il padre mutasse la confessione religiosa del proprio figlio.

A noi sembra che in tale evenienza l'applicazione della legge territoriale potesse essere giustificata per la considerazione che dovendosi essa reputare una legge di polizia non potrebbe esserne esclusa l'applicazione a riguardo di stranieri.

Per la medesima ragione, supposto che la legge territoriale disponesse, così come dispone la legge prussiana, che i figli a 14 anni compiuti possono scegliere liberamente la confessione religiosa che intendono abbracciare (1). Codesta disposizione dovrebbe reputarsi obbligatoria anche a riguardo degli stranieri, i quali non potrebbero invocare lo statuto personale a fine di limitare a tale riguardo la libertà del figlio. Le leggi che tutelano il diritto personalissimo della libertà di coscienza fanno parte delle leggi di ordine pubblico e devono avere autorità territoriale, locchè non si può derogare ad esse invocando leggi straniere.

Reputiamo opportuno finalmente di notare, che qualora entrambi i genitori si trovassero d'accordo di educare i figli in una confessione religiosa, che fosse pure diversa dalla loro (2), e secondo la legge territoriale fosse disposto così come dispone, ad es., la legge austriaca del 25 maggio 1868 (3), che i figli legittimi devono seguire la religione dei loro genitori, non sarebbe il caso di applicare codesta disposizione a coniugi stranieri, perchè questo non potrebbe essere giustificato coi principii fino ad ora esposti.

Altra cosa è il caso in cui sorgesse una contestazione tra marito e moglie, o tra padre e figlio e che il tribunale è chiamato a decidere giudiziariamente tale controversia, e a tutelare il diritto delle persone, ed altro è il caso in cui trovandosi due coniugi stranieri israeliti d'accordo, ad es., di educare i loro figli nella confessione cattolica, o in quella evangelica, si volesse tale loro diritto limitare in nome della legge territoriale, che diversamente disponesse. Il diritto di provvedere all'educazione civile e religiosa dei figli appartiene in principio ai genitori, e non si può sostenere che per tutelare l'ordine pubblico

(1) *Diritto nazionale generale*, Parte 2ª, tit. II, § 84.

(2) L'articolo 78 del diritto prussiano citato dice: « Ogni qualvolta che i genitori siano d'accordo circa l'insegnamento religioso da dare ai loro figli nissuno ha diritto di opporsi alla loro volontà.

(3) Il n° 49, art. 1, dice: « I figli legittimi devono seguire la religione dei loro genitori, e soltanto in caso di matrimonii misti appartiene ai genitori il diritto di mutare la confessione religiosa dei figli non ancora pervenuti all'età di sette anni ».

possa essere necessario di assoggettare le famiglie straniere al diritto territoriale, così come abbiamo detto che lo possa essere nell'ipotesi che il diritto che uno voglia esercitare sia contestato dall'altro, e che il tribunale sia chiamato a tutelare il diritto dell'uno contro quello dell'altro.

617. Circa gli effetti della patria potestà relativamente ai beni del figlio di famiglia, notiamo, che secondo l'antico diritto romano i figli di famiglia erano incapaci di acquistare alcuna proprietà (1); essi costituivano col padre una sola persona, e quindi i diritti patrimoniali erano concentrati nella persona del *pater familias*. Queste rigorose massime furono modificate nel tempo dell'impero coll'introdurre i peculii castrense e quasi-castrense, e più ancora quando Costantino istituì il peculio avventizio (2) di cui un primo esempio si era verificato governando Adriano (3). Da quest'epoca il padre non fu chiamato più ad acquistare la proprietà di tutti i beni del figlio, anzi del peculio avventizio dinotato con la frase *bona quæ patri non adquiruntur*, il padre ebbe solo qualche profitto, e nei casi ordinari l'usufrutto e l'amministrazione. Questi principii sono stati con qualche modificazione accettati da parecchie legislazioni moderne, le quali, dichiarando il padre rappresentante legale dei figli nati e nascituri per tutti gli atti civili, lo hanno poi considerato come amministratore soltanto dei beni del figlio; e certe legislazioni gli hanno accordato l'usufrutto dei beni del figlio, finchè questi non sia emancipato o non abbia raggiunto l'età maggiore.

I giuristi per determinare la legge, che deve regolare gli effetti della patria potestà relativamente ai beni, si sono studiati di esaminare se gli statuti sono reali o personali. Il Bretonnier disse, che essendo la patria potestà un rapporto personale, gli statuti sono per conseguenza tutti personali, anche per gli effetti che da essa derivano sui beni del figlio e pei diritti del padre di amministrarli, profittarne e

(1) *Instit.*, *De inutil. stipulat.*, III, 19.

(2) Dig., *De peculio*, XV, 1; *De castrensi peculio*, XLIX, 17; *Cod. de mater. bon.*, VI, 60; *Cod. de bonis quae liberis*, VI, 61.

(3) L. 50, Dig., XXXVI, 1.

usufruirne. Del resto, dice il citato scrittore, si tratta sempre di frutti, i quali essendo cose mobili devono essere regolati dalla legge personale del padre (1). Erzio, D'Argentré, Bouhier, dividono la stessa opinione (2). Al contrario, il Froland sostiene che gli statuti che regolano gli effetti della patria potestà sugl'immobili del figlio sono reali, e perciò non possono aver valore fuori del territorio (3), e devono essere regolati dalla *lex rei sitæ*. Questa dottrina è sanzionata dalla *Common Law* e dalla giurisprudenza inglese. Pel generale principio il quale ammette, che tutti i diritti, interessi, e titoli lucrativi, di qualunque natura essi siano, sulla proprietà immobile situata in Inghilterra devono essere regolati dalla legge inglese, i tribunali hanno deciso, che gli effetti della patria potestà sui beni immobili debbano essere regolati esclusivamente dalla *Common Law* (4).

Il Merlin manifesta un'opinione intermedia. Egli dice, gli statuti che determinano lo stato del figlio di famiglia soggetto alla patria potestà, e quelli che lo dichiarano incapace a fare certi atti, sono personali, e devono valere dovunque: ma quelli che accordano al padre l'amministrazione e il godimento dei beni del figlio non sono personali assolutamente, perchè da essi non deriva nessuna capacità o incapacità del figlio di famiglia, nè sono reali, perchè sono un accessorio della patria potestà, e non possono sussistere se non in virtù della legge che regola la stessa patria potestà. Questa può infatti sussistere senza l'usufrutto, che è un accessorio, ma l'usufrutto non può sussistere senza la patria potestà, che è il principale. Lo statuto dunque è personale-reale, e perciò il padre non può godere tali diritti, se a lui non li concede la

---

(1) HENRYS, *Œuvres*, par Bretonnier, t. II, p. 720. — Vedi BOULLENOIS, *Observ.*, 32, p. 46.

(2) HERTIUS, *Opera de collisione legum*, § 4, n. 17, 22; BOUHIER, *Cout. de Bourg*, cap. XXIV, § 37 a 87; D'ARGENTRÉ, *De Briton. lég. de donations*, art. 218, glossa 6, n° 7.

(3) *Mémoires*, 69, 39, 60.

(4) STORY, *Conflict of Law*, § 463-463*a*.; WHARTON, *Conflict of Laws*, § 255. Solamente per i diritti del padre sulle cose mobili del figlio vi ommette l'applicazione della legge del domicilio secondo riferisce lo stesso scrittore.

legge, che regola la patria potestà, e quella del luogo in cui esistono i beni (1).

Il Rocco ha la stessa opinione, e conchiude il suo ragionamento nel seguente modo: « A conoscere se l'usufrutto si dovesse o no e in qual maniera, e entro quali termini, è mestieri in prima indagare e stabilire la potestà dei genitori sopra i figliuoli, la quale dipende dalla legge del domicilio di costoro, e quindi l'usufrutto legale vuolsi ripetere dalla legge del domicilio. Ma l'usufrutto è un effetto reale dello statuto, non riguarda per nulla lo stato della persona, e sotto questo rapporto non può essere conferito che dalla legge del luogo, in cui sono siti i beni, sui quali si pretende. In somma lo statuto del domicilio ne dà l'attitudine a goderlo, lo statuto della situazione dei beni il concede realmente, e ne governa le condizioni » (2).

Lo Zaccaria dice assolutamente che i genitori stranieri non possono nè in virtù dell'art. 384 del Codice Napoleone, nè in virtù della loro legge nazionale reclamare l'usufrutto legale sopra i beni che i loro figli posseggono in Francia (3).

618. Non possiamo accettare alcuna delle opinioni surriferite. Ci basti infatti di osservare che tutte le disposizioni che affidano al padre l'amministrazione dei beni del figlio, e determinano gli atti, di cui è capace come amministratore, e gli accordano una ricompensa per l'assistenza e per la cura di codesto figlio, sono il complemento della patria potestà, la quale è organata nel suo complesso per provvedere agl'interessi del figlio di famiglia e determinare i suoi rapporti col padre. Si deve quindi applicare quella legge, che è chiamata a provvedere agl'interessi del figlio di famiglia e a determinarne i rapporti col padre.

Se un padre italiano amministra i beni del figlio in Austria e gode l'usufrutto secondo dispone la legge nostra, non vi turba l'ordine pubblico, nè offende alcun interesse dello Stato: come d'altra parte non vi è nessuna ragione per giustificare la dottrina del Froland, sanzio-

---

(1) MERLIN, *Répert.*, *Puissance paternelle*, § 7.

(2) Parte 3ª, cap. XXV, p. 611 (ediz. di Livorno).

(3) ZACCARIA, § 78, nº 8; AUBRY et RAU, nota 58, § cit.

nata pure dai tribunali inglesi, secondo la quale si dovrebbe applicare la legge italiana per regolare gli effetti della patria potestà, quando il padre fosse straniero e avesse beni in Italia. A qual titolo la legge nostra si dovrebbe applicare ai Russi, agli Austriaci, ai Greci? Così per le stesse ragioni non possiamo accettare l'opinione intermedia del Merlin e del Rocco. Secondo i nostri principii, quantunque il Codice austriaco non conceda al padre l'usufrutto sui beni, che provengono al figlio, pur tuttavia un italiano dovrebbe goderne in Austria a seconda di quello che dispone la legge nostra (art. 228). Nessuna offesa infatti deriva all'organamento della proprietà in Austria se un italiano abbia l'usufrutto dei beni, sia che l'abbia per disposizione tra i vivi o a causa di morte, sia che l'abbia per contratto, sia che l'abbia come investito della patria potestà, e in virtù della legge che regola i suoi rapporti col figlio. Nè vale il dire che l'usufrutto accordato al padre può dar luogo a pratici inconvenienti quando all'amor paterno si sostituisca il calcolo del materiale interesse, perchè la decisione di tale questione spetta al legislatore del paese, cui appartengono il padre e il figlio, non a quella del luogo in cui esistono i beni.

619. Qui cade in acconcio di notare che qualora, durante l'esercizio della patria potestà, venisse a verificarsi un mutamento di cittadinanza da parte del genitore, a cui essa fosse attribuita, egli non dovrebbe godere dell'usufrutto legale in conformità della legge della nuova patria, che conceda il diritto di usufrutto legale sui beni del figlio, se cotesto diritto non gli fosse attribuito secondo la legge della patria anteriore; la ragione è questa, che cioè, secondo il diritto moderno, la potestà paterna non è stabilita a vantaggio del padre, e i diritti acquisiti dal figlio, secondo la legge della patria di lui, non possono essere modificati a volontà del padre, e conseguentemente dovrà essere applicata la legge della patria originaria del figlio per decidere se i beni ad esso spettanti debbano o no essere gravati dell'usufrutto legale. La Corte di cassazione francese ritenne la teoria contraria (1).

---

(1) Cassaz. fr., 14 mars 1877, Clunet, *Journal*, 1878, p. 167.

620. Si dovrà decidere parimente in conformità dello statuto personale se, date certe circostanze, il padre possa essere privato di tutti i diritti di patria potestà o di alcuni di essi, e come debba essere provveduto all'amministrazione dei beni, quando esso gli amministri male. Notiamo soltanto, che quando fosse il caso di provvedere d'urgenza nell'interesse del figlio, il tribunale del luogo, in cui si trovassero i beni malamente amministrati, potrebbe in via provvisoria provvedere in conformità della legge territoriale, lo che si deve ammettere in ogni caso, in cui ne sia fatta istanza dai parenti, dagli interessati o dal Pubblico Ministero, ed il provvedimento non ammetta dilazione e a cagione della distanza; o per altra causa, non riesca facile provvedere in conformità della legge personale dello straniero. È, del resto, una regola generale che i provvedimenti d'urgenza, richiesti a fine di tutelare le persone o i beni di coloro, che sieno incapaci di provvedere da sè stessi, possano essere presi in conformità della legge territoriale, affinchè gli stranieri che dimorino in uno Stato o i beni, che in esso si trovino, non manchino della protezione legale.

§ 4°

Dell'obbligo di prestare gli alimenti.

621. Disposizioni di diritto positivo circa l'obbligo degli alimenti. — 622. Circa l'estensione e la natura dell'obbligazione alimentare. — 623. Non si può applicare ad essa nè lo statuto personale, nè quello reale in ogni caso. — 624. Sotto quale rispetto la legge circa gli alimenti può avere il carattere di statuto reale. — 625. Sotto quale rispetto deve ammettersi l'autorità dello statuto personale. — 626. Si determina come debba essere applicata la legge territoriale o la legge personale nel giudizio per ottenere gli alimenti. — 627. Si esamina il caso che l'attore e il convenuto siano cittadini di Stati diversi, e che non sia uniforme la legge dell'uno e dell'altro circa l'obbligo a prestare gli alimenti. — 628. Applicazione dei principii nell'ipotesi, che uno della famiglia si sia naturalizzato all'estero. — 629. Si riassume la teoria.

621. Uno degli effetti civili, che derivano dalla costituzione della famiglia, è quello di far nascere tra tutti coloro, che traggono la loro

origine dall'autore comune, i vincoli di parentela ed altresì i rapporti d'affinità tra i parenti dell'uno e dell'altro coniuge.

Da cotesti rapporti deriva il dovere morale dell'assistenza, il quale è stato poi convertito in dovere giuridico dalle leggi civili, le quali impongono alle persone, che costituiscono una medesima famiglia, l'obbligo scambievole di prestarsi gli alimenti in proporzione del bisogno, che venga a verificarsi da parte di colui, che non possa di per sè stesso provvedere a quanto gli è indispensabile per la vita, e delle sostanze possedute dall'altro, che può essere tenuto a somministrarli. Il diritto e l'obbligo agli alimenti, tra coloro che sono legati da vincoli di sangue, li troviamo sanzionati da tutte le leggi dei paesi civili, troviamo non pertanto una grande diversità tra di esse, quanto al determinare le persone, alle quali codesto obbligo dev'essere imposto: quanto al determinare la natura di esso e l'estensione (1). Alcune leggi, infatti, limitano l'obbligo scambievole ai genitori e ai figli tanto legittimi che naturali, ai coniugi e agli ascendenti, e non lo estendono ai collaterali; altre estendono tale obbligo agli affini più o meno estesamente quanto al grado; altre fondano tale obbligo anche su certi rapporti, che non sono quelli di famiglia, come fa, ad esempio, il Codice civile austriaco, che impone l'obbligo alimentare al donatario verso il donante, nel caso che esista tuttora la cosa donata, e che il donatario non si trovi egli pure nello stato d'indigenza (art. 947). Così il Codice italiano sancisce l'obbligo degli alimenti tra i figli, i genitori e gli ascendenti, e lo estende altresì nella linea collaterale ai fratelli ed alle sorelle, ed in quella degli affini al suocero, genero e nuora, mentre che il Codice francese restringe l'obbligo ai parenti ed affini in linea retta, e non lo estende tra fratelli e sorelle. La legislazione inglese non estende del pari tale obbligo ai collaterali. Secondo il Codice portoghese invece, del 22 marzo 1878, colui che non abbia ancora raggiunto l'età di 10 anni può rivolgersi ai parenti più prossimi fino al decimo grado, i quali sono tenuti ad alimentarlo, fino a che non abbia raggiunta codesta età.

---

(1) Vedi pel diritto comparato sulla materia: CABERLOTTO, nel *Digesto italiano*, v° *Alimenti*, e CICCAGLIONE, v° *Alimenti*, nell'*Encicl. giuridica*.

622. Per quello poi che concerne l'estensione dell'obbligazione alimentare troviamo anche diverse le leggi relative, ammettendo alcune che la prestazione debba essere ristretta ad una determinata somma, come fa, ad esempio, la legge inglese, la quale restringe la misura della prestazione alimentare, quando a ciò sia tenuto l'avo, a somministrare venti scellini al mese, altre invece considerano l'obbligazione estesa a somministrare quanto possa essere necessario alla vita, cioè il nutrimento, le vesti, l'alloggio, l'assistenza in caso di malattia, e simili in proporzione del bisogno di colui che domanda gli alimenti ed in proporzione dei mezzi di colui che deve somministrarli. È così, secondo la legge italiana (art. 143 Cod. civ.), la legge spagnuola, ed altre leggi.

Per quanto riguarda finalmente la natura di cotesta obbligazione, alcune la considerano come un vero diritto di credito, e quindi trasmissibile, ammettendo il terzo, che avesse somministrato gli alimenti, ad esercitare le azioni spettanti all'alimentato; altre considerano tale diritto personale e fondato sulla necessità del bisogno attuale, per lo che, cessato questo, in conseguenza del fatto del terzo che avesse pietosamente provveduto, gli negano il diritto della ripetizione degli alimenti, contro colui che, secondo la legge, sarebbe stato chiamato a prestarli, salvo solo il caso che esso terzo potesse provare di aver agito col consenso espresso o tacito di colui che era, secondo la legge, obbligato (1).

Un'altra differenza, a riguardo della natura della legge, che impone l'obbligo degli alimenti, la troviamo pure in questo, che cioè, alcune leggi si sono ispirate soltanto alla considerazione dei vincoli di sangue, che vengono a stabilirsi col matrimonio, ed hanno ristretto quindi l'obbligo tra le persone soltanto, tra le quali cotesti vincoli sono più stretti ed immediati, altre invece si sono ispirate al concetto di limitare l'accattonaggio ed il numero degli indigenti, imponendo ai parenti l'obbligo di alimentarli, onde impedire così che non venisse aumentato il numero di coloro, i quali, mancando dei mezzi di sosten-

(1) Così la quistione è risoluta secondo il diritto inglese. — Vedi LEHR, *Éléments de droit civil anglais*, n° 191.

tamento, fossero spinti al delitto o ad ingrossare le file dei miserabili vagabondi, per lo che si trova anche per questo una certa differenza tra le leggi dei diversi paesi secondo il sistema in ciascuno di essi prevalente a riguardo del provvedere all'indigenza, e là, dove è organizzata la carità legale, ha potuto naturalmente ammettersi l'obbligo della prestazione degli alimenti più ristretto a riguardo dei parenti chiamati a somministrarli.

623. Tralasciamo di entrare in più minuti particolari, perchè riteniamo i cenni generali dati sufficienti a guidarci per risolvere la questione circa la legge, che deve regolare l'obbligo degli alimenti tra gli stranieri. Tenuto conto della natura della legge e del fondamento della relazione giuridica, sulla quale può essere fondata l'obbligazione alimentare non si può dire in ogni caso, che tutto debba dipendere dalla legge personale o dalla legge territoriale; imperocchè non si può, in ogni caso, sostenere che le leggi in materia di alimenti abbiano il carattere di leggi di polizia o di ordine pubblico, onde attribuire autorità assoluta alla legge territoriale, nè si può, in ogni caso, sostenere che, solo perchè l'obbligazione degli alimenti nasce dai rapporti di famiglia, debba essere retta in tutto dalla legge, a cui la famiglia dev'essere soggetta, in guisa da escludere sotto ogni rispetto l'autorità della legge territoriale, conviene invece distinguere caso da caso, onde decidere se l'obbligazione alimentare debba essere rettà dallo statuto reale, o dallo statuto personale.

624. A noi sembra, che la legge, la quale regola l'obbligazione alimentare possa avere sotto un certo rispetto il carattere dello statuto reale a riguardo di tutti coloro, che dimorino nello Stato, supposto che sorgano rispetto ad essi le circostanze contemplate dalla legge, onde ammettere fra di loro l'obbligazione scambievole a somministrarsi gli alimenti. Noi fondiamo questa nostra opinione sul concetto, che la legge territoriale, in quello che provvede a regolare l'obbligo di prestare gli alimenti tra parenti e tra affini, ha il carattere di legge di ordine pubblico e di polizia. Sia infatti che essa si ispiri al concetto di limitare l'accattonaggio ed il numero degli indigenti: sia che s'ispiri a quello di rendere giuridicamente obbligatorii certi doveri naturali tra le persone legate da vincoli di sangue e ad

impedire che siano offesi i sentimenti d'umanità, così come essi sono intesi in un dato paese, essa dev'essere reputata ordinata a tutelare l'ordine pubblico o il sentimento morale del popolo ed il buon costume. Essa dovrà quindi, sotto tale rispetto, avere l'autorità dello statuto reale (1).

Noi notammo già, che il sentimento morale del popolo italiano sarebbe offeso, se due coniugi stranieri, vivendo in Italia, volessero pretendere di essere esonerati dall'obbligo di somministrarsi reciprocamente gli alimenti, o se ciò volessero pretendere fratelli e sorelle, benchè stranieri; ora ci sembra che gli affini stranieri, nei gradi contemplati dall'art. 140 del nostro Codice civile, i quali dimorassero nel nostro paese, e che gemessero nella miseria, potrebbero con ragione fondare sulla legge italiana il diritto di domandare gli alimenti a coloro che, secondo la legge nostra, sono tenuti a prestarli, e che il magistrato italiano potrebbe a ciò costringerli, perchè, in tale evenienza, la tutela del buon costume e dei sentimenti d'umanità vigenti nel nostro paese giustificherebbero, rispetto a coloro che quivi dimorassero, l'applicazione della legge nostra (2).

625. Da questi principii non si deve per altro dedurre che la legge, che regola l'obbligazione alimentare, debba avere l'autorità dello statuto reale nel senso, che si debbano applicare tutte le sue disposizioni agli stranieri; imperocchè, siccome in sostanza il diritto agli alimenti deriva dai rapporti di famiglia, così è di mestieri ricono-

---

(1) Vedi in questo senso l'opinione del giudice Lord Mackenzie, nella causa *Macdonald*, decisa nel 1846 e riferita da Wharton, *Conflict of Laws*, § 168.

(2) La Corte di Milano con ragione ammise la domanda di alimenti tra fratello e sorella, sudditi del cantone Ticino, non ostante che l'obbligo di prestarli non fosse sancito dalla legge ticinese, 8 aprile 1876, *Fòro Italiano*, 1876, I, 868. — Anche la Corte di Lucca decise che il diritto concesso dall'art. 141 del Codice italiano era estensibile pure agli stranieri e che un'opinione contraria si troverebbe in opposizione con l'art. 3 del nostro Codice, 13 agosto 1875, *Giurisprudenza Italiana*, 1876, 2, 18. — Vedi, in senso conforme, Paris, 19 décembre 1833. — Dalloz, 1834, 2, 65. — *Tribunal de la Seine*, 22 mai 1877, Clunet, *Journal*, 1877, pag. 429. — Id., 3 mai 1879, *ivi* 1879, p. 489.

scere, in principio, che l'obbligazione alimentare deve essere soggetta alla legge regolatrice dei rapporti di famiglia, piuttosto che a quella dello Stato, ove, per avventura, gli stranieri dimorino.

Che se noi abbiamo sostenuto che l'obbligazione alimentare può essere fondata sulla legge territoriale, siccome abbiamo basata la nostra opinione sul concetto, che il negare gli alimenti possa offendere il sentimento morale ed il buon costume del popolo, in mezzo a cui gli stranieri vivano, così la teoria da noi ammessa non può trovare la sua applicazione, che solo in quei casi, nei quali il diniego degli alimenti domandati ingeneri l'inconveniente mentovato. È perciò, che la legge territoriale può essere solamente applicata dal magistrato, quando esso riconosca necessario applicarla pel motivo addotto, dovendo pure gli stranieri, che dimorino in un paese, assoggettarsi a tutte le leggi, che mirano a tutelare l'ordine pubblico ed il buon costume. Conseguentemente, supposto, ad esempio, che, secondo lo statuto personale, colui che fosse obbligato a somministrare gli alimenti, fosse tenuto a dare una determinata somma, o quanto fosse strettamente necessario per sostentare la vita, e che secondo la legge territoriale invece l'obbligazione alimentare fosse intesa nel senso di dover somministrare altresì quanto potesse occorrere per l'abitazione il vestiario, l'educazione e simili; in questa circostanza non potrebbe essere applicata la legge territoriale allo straniero, per determinare eziandio la misura e l'estensione dell'obbligazione alimentare, ma si dovrebbe invece applicare lo statuto personale, perchè abbiamo già detto, che in sostanza l'obbligazione trova il suo fondamento sui rapporti di famiglia, e che dev'essere governata dalla legge, da cui essi devono essere retti. Così pure se fosse diversa la legge territoriale e la personale in quello che ciascuna di esse stabilisce l'ordine, secondo cui le persone tenute a dare gli alimenti devono essere chiamate a somministrarli, non potrebbe essere il caso di applicare la legge territoriale anche per risolvere a norma di essa la questione su chi dovesse cadere l'obbligo degli alimenti, ma bisognerebbe invece riferirsi per questo allo statuto personale.

626. Noi quindi diamo alla legge territoriale l'autorità dello statuto reale rispetto all'obbligazione alimentare nel senso soltanto, che,

quando la domanda da parte di uno straniero, che dimori in un paese, non possa essere fondata sullo statuto personale, vale a dire sulla legge, che deve regolare i rapporti di famiglia, e possa essere fondata invece sulla legge territoriale, ed il rigetto della domanda importi offesa all'ordine pubblico ed al buon costume, il magistrato possa accogliere la domanda, applicando la legge territoriale, restringendo però l'obbligo degli alimenti a quanto può essere necessario al sostentamento della vita.

Fuori del caso esposto, bisognerà riconoscere l'autorità dello statuto personale a riguardo dell'obbligazione alimentare, e siccome il fondamento di tale obbligazione riposa sui rapporti di famiglia, così ogni controversia dev'essere risoluta volgendo l'attenzione alla legge, sotto l'impero della quale la famiglia fu costituita, ed il diritto nacque. In conseguenza, l'azione di un fratello e di una sorella italiani, dei quali l'uno sia nel caso di ottenere la prestazione degli alimenti, dovrà essere ammessa in conformità della legge italiana, anche se fosse esercitata in un paese, la di cui legge non ammettesse tale azione scambievole tra fratelli e sorelle. Qualora poi l'obbligazione agli alimenti fosse fondata su di un rapporto giuridico diverso da quello della famiglia, come, ad esempio, può essere quello che intercede tra donante e donatario, bisognerà applicare la legge, che deve governare il rapporto stesso, onde decidere se l'obbligo debba o non debba ammettersi. Così pure bisognerà attenersi allo statuto personale per determinare l'estensione dell'obbligazione alimentare, l'ordine delle persone chiamate a soddisfarla, le circostanze, per le quali essa possa venire a cessare e via dicendo.

627. Una difficoltà può sorgere, nell'applicare lo statuto personale, nell'ipotesi che colui che domandi gli alimenti sia cittadino di uno Stato, la di cui legge attribuisca al medesimo il diritto di domandarli, e la persona contro cui venga diretta l'istanza sia cittadino di un altro Stato, la di cui legge non imponga l'obbligo di prestarli. Tale ipotesi non si può verificare altrimenti, che, in conseguenza dell'avere uno dei membri della famiglia mutata la sua cittadinanza originaria, e mutato conseguentemente il proprio statuto personale.

Gli scrittori e la giurisprudenza sono arrivati a conclusioni

disparate, avendo gli uni voluto dare la preferenza allo statuto personale del creditore, a colui cioè che faccia l'istanza, altri allo statuto personale del debitore, a quello cioè di colui che sarebbe obbligato a somministrare gli alimenti.

Dalloz è tra coloro, che sostengono non poter essere mai concesso ad uno straniero il diritto di pretendere gli alimenti da uno che sia cittadino di un altro Stato, la di cui legge non l'obblighi a prestarli. Laurent segue la stessa via, e, considerando che non vi può essere debito senza concorso di consenso da parte del crèditore e del debitore, osserva che, quando l'obbligazione è fondata sulla legge, il debitore non può essere tenuto in conformità della legge del creditore, se essa non sia conforme a quella, alla quale egli trovasi sottoposto (1).

Gli scrittori si sono fermati a discutere, se debba essere preferita la legge del creditore o quella del debitore, senza ricercare, quale debba essere quella, sotto della quale di per sè stesso deve stare il rapporto giuridico controverso; così hanno portato la confusione invece di chiarire la questione, ed eliminare il conflitto, e questo addebito può farsi allo stesso Laurent (2).

A noi sembra, che posto il principio, che il mutamento di cittadinanza non possa aver effetto retroattivo, e che i diritti nati e perfetti, prima che esso abbia avuto luogo, debbano essere governati dalla legge della patria primiera, e non già da quella della nuova, bisogna ammettere che ogni conflitto debba esser eliminato secondo che il rapporto di diritto, sul quale sia fondata la domanda, possa o no considerarsi nato prima o dopo codesto mutamento.

Il diritto agli alimenti trova generalmente la sua base sui rapporti dei membri della famiglia costituita, e dev'essere governato dalla legge, che deve regolare i rapporti tra i membri della famiglia stessa. L'azione o l'istanza per gli alimenti è subordinata all'evento

---

(1) LAURENT, *Droit civil intern.*, t. V, § 94.

(2) Loc. cit. — Vedi WHARTON, *Conflict of Laws*, §§ 257 e seguenti, e la sentenza della Corte di circuito di New-York, del 23 febbraio 1873, nel *Journal du dr. intern. privé*, 1874, pagg. 45-47.

del bisogno attuale, essa quindi costituisce di per sè stessa un diritto subordinato a condizione sospensiva, a quella cioè che venga a verificarsi il bisogno. Ora, se nel momento, in cui si verifichi la condizione, sia accaduto il mutamento di cittadinanza da parte del debitore o del creditore, ciò deve reputarsi indifferente per quello che concerne la determinazione della legge, sulla quale può essere fondata l'obbligazione legale, e quindi l'istanza per ottenere gli alimenti. Essa deve essere infatti determinata dalla costituzione della famiglia e dai rapporti già nati sotto l'impero della legge chiamata a regolare i vincoli nati tra i membri della stessa. L'avere colui, contro il quale l'altro avea acquistato il diritto di domandare gli alimenti sotto la condizione eventuale del bisogno, mutato la propria cittadinanza prima che la condizione si fosse verificata, non può pregiudicare al diritto dell'altro, senza dare al nuovo statuto personale, acquistato col mutamento di cittadinanza, effetto retroattivo a riguardo dei diritti nati e perfetti secondo la legge della patria originaria, che era la legge comune del debitore e del creditore, al momento in cui il rapporto giuridico tra essi nacque.

628. Supposto quindi, ad esempio, che di due fratelli italiani uno si sia naturalizzato francese, prima che l'altro si trovi nel bisogno di domandare gli alimenti dovuti secondo la legge italiana, e che questi, nato poi il bisogno, faccia istanza per ottenerli dinanzi al magistrato francese contro il fratello, a noi sembra, che questi debba essere tenuto a somministrarli, e che non possa valere l'argomento di Dalloz, che cioè il magistrato francese non può applicare la legge estera, che è in contraddizione con quella dal preteso obbligato, nè quello di Laurent, che cioè l'obbligazione legale da parte di un francese non può nascere in forza di una legge italiana, perchè, siccome nel momento in cui l'obbligazione legale nacque tra fratello e fratello, erano entrambi italiani, e uno di essi naturalizzandosi all'estero non poteva pregiudicare ai diritti acquisiti dall'altro, perciò la controversia fra di essi dovrà essere risoluta secondo la legge sotto di cui il diritto invocato nacque. Ogni difficoltà quindi dev'essere eliminata in virtù della considerazione che l'obbligo legale assunto, secondo la legge italiana, da un italiano, prima che esso fosse divenuto francese, dev'essere apprezzato

secondo la legge italiana dal magistrato francese, anche quando nel momento in cui egli sia chiamato a giudicare accada che trovi essere l'obbligato divenuto cittadino francese. Non vi potrebbe essere che la sola eccezione che può valere ad escludere l'autorità di una legge estera, che cioè l'applicazione della legge italiana offendesse l'ordine pubblico o il diritto sociale dello Stato, e questo non sarebbe certamente il caso per escluderne l'applicazione.

Per la medesima ragione, se di due fratelli francesi uno si fosse naturalizzato italiano, e questi facesse istanza in Francia contro l'altro per ottenere gli alimenti dovuti secondo la legge italiana, il magistrato francese dovrebbe rigettare l'istanza perchè non fondata in diritto. Questo sarebbe il caso favorevole all'argomento di Laurent, che cioè la legge italiana non può imporre un'obbligazione legale ad un francese, nè che la cittadinanza italiana acquistata da un francese può avere effetto retroattivo quanto a ciò.

Stando nel nostro ordine d'idee bisogna pure ammettere, che, se un portoghese si naturalizzasse francese, l'obbligazione alimentare, dato il caso del bisogno, nata e perfetta tra lui e i membri della sua famiglia, portoghese anteriormente alla naturalizzazione, dovrebbe essere retta dalla legge portoghese, ma, se esso si fosse unito in matrimonio in Francia, e da tale unione avvenuta sotto l'impero della legge francese fossero nati figli, non potrebbe essere più il caso di applicare a questi la legge portoghese, onde regolare a norma di essa l'obbligazione alimentare verso i loro parenti portoghesi. Conseguentemente, supposto pure, che essi fossero parenti in nono o decimo grado col portoghese bisognevole di alimenti, questi non potrebbe invocare la propria legge, e fondare su di essa l'istanza per ottenerli, perchè la nuova famiglia, costituita in Francia dal naturalizzato, dev'essere governata dalla legge francese, ed ai membri di essa non possono essere imposte altre obbligazioni legali, tranne quelle contemplate nel Codice civile francese.

629. La nostra teoria si riassume quindi in questo, che, cioè, quando il magistrato nel decidere circa l'obbligazione alimentare si trovi in presenza di due leggi contrarie, a cagione dell'avere il creditore e il debitore uno statuto personale diverso, dovrà eliminare il conflitto

applicando la legge sotto di cui il diritto agli alimenti fu acquisito e divenne perfetto, tenendo presente che si deve reputare diritto acquisito non quello che fu interamente consumato, prima del mutamento della cittadinanza, ma quello bensì che ha il carattere del diritto perfetto, e tale è il diritto fondato su determinati rapporti giuridici stabiliti integralmente sotto l'impero della legge, non ostante che l'esercizio di tale diritto, essendo subordinato a certi eventi, avvenga poi in tempo posteriore, e dopo il mutamento della cittadinanza.

Con gli stessi principii si può risolvere la controversia, se accadesse un mutamento di cittadinanza tra il donante ed il donatario, e fosse ammessa fra di essi l'azione per alimenti.

§ 5°

Effetti del matrimonio relativamente al regime legale dei beni dei coniugi.

630. Sistemi diversi relativamente al regime legale dei beni dei coniugi. — 631. Sistema prevalso in Italia. — 632. Dottrina dei giuristi circa la legge che deve regolare il regime legale dei beni. — 633. Si dimostra come tra tutte le opinioni debba essere preferita quella che riconosce l'autorità dello statuto personale. — 634. Si espone la teoria sostenuta da Laurent. — 635. Dottrina sancita dalla giurisprudenza francese. — 636. Opinione nostra. — 637. Osservazioni sulla contraria teoria di Laurent. — 638. Applicazione dei principii al caso del matrimonio celebrato da un italiano in Francia o da un francese in Italia.

630. La società costituita tra marito e moglie col matrimonio, poichè produce l'effetto della comunanza della vita, deve naturalmente far nascere certi rapporti relativi agl'interessi patrimoniali comuni. I legislatori nel provvedere all'organamento della famiglia hanno dovuto quindi governare il regime dei beni appartenenti rispettivamente ai coniugi e determinare gli effetti del matrimonio a riguardo di essi. Troviamo anche in questo una notabile diversità tra le legislazioni diverse, la quale è derivata pure dal diverso concetto dei rapporti dei coniugi nella famiglia, della potestà maritale, e della maggiore o minore autorità attribuita al marito sulla moglie e su quanto ad essa appartenga.

Secondo l'antico diritto romano vi erano due opposti sistemi. Se il matrimonio avea luogo con la *conventio in manu*, tutti i beni della moglie passavano con essa in proprietà del marito. Questi riassumeva tutti i diritti della moglie, la quale, come cadeva col matrimonio sotto l'assoluta potestà di lui, *in manu viri*, così perdeva ogni diritto di proprietà, e la *conventio in manu* era considerata come un titolo universale di acquisto pel marito e suoi eredi. Allora, quando mancava tale convenzione, la moglie riteneva la libera disponibilità dei suoi beni. Però, quando cotesto secondo sistema, che per lungo tempo fu l'eccezione, divenne la regola, si cercò di provvedere alla conservazione dei beni della moglie con esorbitanti protezioni, e così si sviluppò il regime della dote, il quale fu reputato il regime legale, e per conservare la dote, fu, ai tempi di Giustiniano, proclamata l'assoluta inalienabilità di essa e attribuita alla moglie l'ipoteca generale sui beni del marito per la sicura restituzione della medesima.

Questo sistema è stato adottato in tutti i paesi, nei quali la legislazione si è ispirata ai principii del diritto romano.

Del tutto diverso è stato il sistema prevalso in quelli, nei quali ha esercitata la sua influenza il diritto germanico, che s'ispirava al concetto dell'eguaglianza dei coniugi nella famiglia, e della perfetta comunione di vita, che veniva tra di essi a stabilirsi col matrimonio. Ivi è stato infatti ammesso, che tra i coniugi col fatto stesso del matrimonio veniva a stabilirsi *de jure* la comunione o società dei beni, e che, salvo il caso dei patti interceduti tra di essi a riguardo della estensione e degli effetti di cotesta comunione, essa dovesse reputarsi come il regime legale dei beni, a cominciare dal giorno della celebrazione del matrimonio. Questo fu il sistema che fu adottato nei paesi retti dal diritto consuetudinario. Le consuetudini erano diverse rispetto al determinare l'estensione e gli effetti della comunione, alla maggiore o minore libertà delle parti, quanto al modificare il regime legale o a sottrarvisi interamente, quanto all'efficacia dei patti stessi, e via dicendo, ma erano concordi nel reputare il regime della comunione dei beni, quale regime legale in mancanza di convenzioni espresse. Questo sistema prevalse nel Codice francese ed in quelli su di esso modellati.

631. Il terzo sistema è quello che fu preferito in Italia, ove la regola

della comunione legale adottata dal Codice francese non fu accettata nè nei Codici preesistenti, nè in quello attualmente vigente. Dei Codici preesistenti nessuno infatti presumeva il regime della comunione come regime legale in mancanza di convenzione espressa. Qualcuno di essi, come quello delle due Sicilie, ammetteva soltanto la regola della comunione, quando veniva espressamente stipulata. Nella stessa maniera disponeva il Codice sardo, il quale pure permetteva la stipulazione della comunione, ma con la restrizione che dovesse intendersi limitata ai soli utili provenienti dai beni, quando fosse stata convenuta la comunione universale. È però da notare che anche sotto l'impero di cotesti Codici erano molto rari i casi, nei quali si pattuiva il regime della comunione dei beni tra i coniugi.

Quando poi fu compilato il nuovo Codice, a ragione fu considerato, che non poteva essere il caso di stabilire come regime legale quello della comunione, perchè contrario alle costumanze italiane, nè si volle reputare tale il regime dotale, bensì venne ritenuto come regola legale il regime della separazione dei beni, riconoscendo che il regime dotale esige una propria apposita stipulazione, onde sia mediante essa bene stabilito chi costituisca la dote, e gli oggetti in essa compresa.

632. La differenza fra i tre sistemi relativi al regime legale dei beni dei coniugi è sostanziale, come facilmente si comprende, e siccome si deve dar luogo a codesto regime, ogni qualvolta che sia mancata una speciale convenzione, e il preferire l'uno o l'altro di tali sistemi deve dipendere dal determinare, se debba essere data la preferenza alla legge di uno o di un altro paese, così ciò diventa di sommo interesse per stabilire i diritti rispettivi dei coniugi sui loro beni.

I giuristi antichi discettarono lungamente intorno a questo. Il Monileo fu di parere, che tutto dovesse dipendere dallo statuto personale, il quale, a suo modo di vedere, doveva essere reputato quello del domicilio coniugale. Egli sosteneva in principio, che la legge del domicilio dovesse regolare le convenzioni tra i coniugi, rispetto ai beni dovunque situati, ed ammetteva poi, che in mancanza di convenzioni espresse, il regime dei beni dovesse essere determinato a seconda della medesima legge, in virtù della convenzione tacita fondata sull'inten-

zione dei coniugi, i quali si doveva presumere, che si fossero riferiti alla legge del domicilio coniugale, e che l'avessero tacitamente accettata per determinare il regime dei loro beni, quando non avessero stipulato intorno a ciò alcun patto espresso (1).

D'Argentré sosteneva al contrario, che tutto dovesse dipendere dalla legge territoriale, essendochè, egli dicesse, che siccome ciascun costume aveva autorità sovrana sul territorio, sul quale imperava, così dovea regolare il regime legale dei beni in tale territorio esistenti, non potendo ammettersi rispetto ad essi il regime legale stabilito da una legge straniera (2).

Cotesto diverso modo di risolvere la controversia aveva naturalmente un'importanza grandissima in quei tempi, nei quali i costumi erano sostanzialmente differenti tra provincia e provincia a riguardo dei diritti compresi od esclusi nella comunione, imperocchè dall'ammettere l'una o l'altra delle due opinioni derivavano importanti conseguenze, quando si trattava di determinare i diritti rispettivi dei coniugi sui beni che si trovavano sotto l'impero dei varii costumi. Fu per questo che la disputa divenne molto vivace, e ad essa presero parte i più eminenti giureconsulti, come Froland, Boullenois, Bouhier, Voet, Vander Müller ed altri non pochi (3), e per tanto tempo fu protratta che fu denominata la *famosissima quæstio.*

633. Noi non reputiamo utile di entrare in molti particolari, perchè ai nostri tempi, essendo cessato il vigore delle consuetudini ed attuata l'unificazione legislativa nei diversi Stati, è indispensabile di riferirsi ad altri principii onde risolvere la controversia. Questa per

---

(1) *Comm. ad Cod.*, L. I, tit. I, Conseil 53, t. II, *Opera*, pag. 964.

(2) *Ad consuet. Britanniae*, art. 218.

(3) Conf. P. Voet, *De Statut.*, sect. 9, cap. IX, n° 5.; J. Voet, *Ad Pand.*, tit. *De ritu nuptiarum*, n° 85.; Boullenois, *De la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 750; Froland, *Mémoires sur les Statuts*, t. I, pagg. 11 e 111; Bouhier, *Observ. sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. IX, n° 19; Renussan, *Traité de la communauté des biens*, parte 1ª, chap. IV, §§ 15 e seguenti; Huberus, *De conflictu legum*, L. 1, tit. III, § 2; Burge, *On colonial Law*, parte 1ª, chap. VII, § 8; Henry, *On foreign Law*, 48, 49; Story, *Conflict of Laws*, § 184; Kent, *Comment.*, sect. XXXIX; Wharton, *Conflict of Laws*, § 187 e seg.

altro non si può dire che sia stata risoluta in modo certo, sicuro e definitivo dai giureconsulti e dai tribunali, essendochè grave disparità di opinioni apparisca nella dottrina e nella giurisprudenza, volendo alcuni sostenere tuttora, che tutto debba dipendere dalla legge del paese, ove il matrimonio sia stato celebrato; dando altri la preferenza alla legge del luogo, ove i beni si trovino, ed altri sostenendo la preferenza della legge personale, la quale deve governare i rapporti di famiglia sotto ogni rispetto, non escluso quello che concerne gl'interessi patrimoniali dei coniugi.

Giova premettere, che nei contratti ordinari, i quali concernono i rapporti d'interesse privato, le disposizioni legali, che determinano le relazioni delle parti, nascenti dal contratto stesso, a riguardo di tutto ciò che non sia stato espressamente stipulato, o nascenti dal fatto giuridico compiuto sotto l'impero della legge, quando nessun patto sia intervenuto per regolarne le conseguenze, esercitano una virtù propria senza bisogno di alcuna formale dichiarazione, ed in forza soltanto della libera sottomissione delle parti stesse, e della convenzione tacita presunta di sottomettersi a quanto la legge dispone. Rispetto a tutto ciò infatti, per cui deve ammettersi la libertà del patteggiare, siccome le parti sono autonome nel regolare i loro rapporti mediante convenzioni espresse, e nel dichiarare di volersi riferire a preferenza alla legge del debitore o a quella del creditore, rispetto a quello che non sia stato espressamente pattuito, e siccome possono valersi della loro autonomia anche col non fare alcun patto (nel qual caso si deve presumere che esse si siano sottomesse in tutto alle disposizioni della legge, la quale si deve ritenere tacitamente accettata a fine di regolare interamente le conseguenze del fatto giuridico, così tutto deve dipendere dall'intenzione espressa o tacita delle parti stesse). Può conseguentemente ammettersi, che un contratto ordinario, o un fatto giuridico qual si sia, da cui derivino rapporti giuridici obbligatorii, possa essere governato da una legge straniera, ogni qualvolta che essa sia stata espressamente accettata, o quando si debba presumere, in considerazione delle circostanze, tacitamente accettata. Sì nell'uno che nell'altro caso, la legge diventa parte integrante della convenzione espressa o tacita, e le disposizioni legali devono reputarsi

obbligatorie, così come se fossero state scritte, in conseguenza dell'averle gl'interessati presuntivamente accettate.

Nei casi, nei quali questi principii trovano la loro applicazione, la difficoltà principale è quella di determinare, avuto riguardo alle circostanze, l'intenzione presunta delle parti. Determinata questa, e determinata conseguentemente la legge, a cui codeste parti intesero sottomettersi, le disposizioni legali di essa legge devono reputarsi obbligatorie, in conseguenza della tacita convenzione di sottomettersi a quanto la medesima dispone.

Certamente, se, a riguardo del regime dei beni appartenenti ai coniugi, di questi si potesse ammettere la completa autonomia, quanto al regolarlo a volontà mediante convenzione, si dovrebbe pure ammettere, che siccome essi nello stipulare i patti nuziali avrebbero potuto riferirsi all'una o all'altra legge, così, quando non avessero provveduto a regolare i loro rapporti patrimoniali con patti espressi, e fosse il caso di dar luogo al regime legale, considerando che questo diventerebbe obbligatorio in virtù della volontà tacita dei contraenti, tutto dovrebbe dipendere dall'intenzione determinata dalle circostanze, ogni qualvolta che si trattasse di decidere, se si dovesse presumere, che i coniugi avessero voluto accettare a preferenza il regime legale di questo, o di quel paese.

634. Laurent, il quale ha largamente discusso intorno alla legge che deve essere reputata atta a regolare il regime legale dei beni dei coniugi, ha stimato conveniente di dover contraddire con molta benevolenza alla teoria da noi precedentemente sostenuta (1) ed è arrivato a conclusioni dalle nostre del tutto diverse, perchè ha posto la questione sotto di un punto di vista, rispetto al quale non possiamo trovarci d'accordo. L'eminente giurista ammette infatti in principio che nel regolare il regime dei beni i coniugi abbiano la più completa autonomia, e che tutto debba dipendere interamente dalla loro volontà. « *En cette matière*, egli scrive, *les contractants sont législateurs, ils jouissent d'une autonomie complète* (2); *la souveraineté est hors*

(1) *Droit civil intern.*, t. V, §§ 230, 232.
(2) Laurent, *Droit civil intern.*, § 185, p. 391.

de cause, puisqu'elle déclare elle-même, par l'organe de la loi, qui régit les biens des époux, que ceux-ci sont libres de faire tout ce qu'ils veulent, de déroger à la loi, de vouloir le contraire de ce que dit la loi, les contractants sont souverains, et c'est la loi qui les déclare souverains » (1). Partendo da questi principii il mentovato scrittore esclude l'importanza dello statuto personale o di quello reale, e opina, che tutto debba dipendere dall'intenzione determinata dalle circostanze, e conseguentemente esaminando la sentenza della Corte di Bruxelles, confermata dalla Cassazione belga, la quale avea ritenuto che il regime legale di due belgi, che si erano uniti in matrimonio all'estero dovea essere quello della comunione in conformità del Codice civile vigente nel Belgio, per la considerazione che lo statuto personale dovea regolare i rapporti patrimoniali dei coniugi belgi di origine e domiciliati nel Belgio, accettando le conclusioni della Corte osserva non pertanto, che a torto essa avea invocata l'applicazione dello statuto personale. « *La question de savoir quelle est la loi qui régit les époux quant à leurs biens*, egli scrive, *ne dépend point du statut, elle dépend de leur volonté, et la volonté n'est pas, en droit, déterminée par le domicile, c'est une question de fait; si les parties n'ont pas exprimé leur intention, le juge doit la chercher dans les circonstances de la cause. Le domicile des époux est une de ces circonstances, comme je vais le dire* » (2).

In coerenza di tali principii lo scrittore sostiene che due cittadini italiani, i quali si unissero in matrimonio in Francia, potrebbero pattuire il regime della comunione legale secondo il Codice civile francese, essendo che la proibizione sancita dal legislatore italiano rispetto ad esso non potrebbe avere effetto che a riguardo dei beni situati in Italia, e non a riguardo di quelli posti in Francia.

635. La teoria sostenuta da Laurent è conforme a quella accettata dalla Cassazione civile francese nella sentenza del 4 marzo 1857 (3).

---

(1) LAURENT, *Droit civil intern.*, § 185, p. 391.

(2) Loc. cit., § 201, p. 431.

(3) *Journal du Palais*, 1857, p. 1143, e le sentenze conformi citate *ivi* in nota.

La Corte infatti ritenne che uno straniero ed una francese maritati in Francia senza contratto di matrimonio potevano essere assoggettati al Codice civile francese a riguardo del regime legale dei loro beni, sopratutto poi quando dalle circostanze, fra le quali potesse essere principalmente annoverata quella di avere essi fissato il loro domicilio in Francia, si potesse presumere la loro comune volontà di aver voluto adottare il regime della comunione legale, così come è governato dalla legge francese. La Corte soggiunse inoltre, che non avrebbe potuto essere di ostacolo che la legge personale degli sposi, quella cioè del paese a cui appartenesse il marito, inibisse di stipulare la comunione universale dei beni, e la limitasse agli utili soltanto, perchè tale proibizione, costituendo uno statuto reale, non potrebbe avere forza obbligatoria, che relativamente ai beni che il marito possedesse nel proprio paese.

La giurisprudenza francese non ha saputo sinora emanciparsi dalla teoria tradizionale, la quale ammette, che tutte le leggi, le quali regolano gl'immobili, formino parte dello statuto reale, in virtù del principio sancito dall'art. 3, *les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.*

Avendo essa ritenuto che la legge, che regola tanto la comunione legale, quanto la convenzionale, formi parte dello statuto reale e non già di quello personale, perchè non concerne lo stato e la capacità dei coniugi, ha ammesso conseguentemente, che codesta comunione debba essere regolata dalla legge territoriale, sopratutto poi a riguardo di quello che possa concernere gl'immobili situati nello Stato.

636. Nel sistema che noi abbiamo sostenuto, la questione della realità o della personalità della legge, che deve governare i diritti patrimoniali dei coniugi, non può essere discussa sotto il punto di vista della teoria tradizionale, la quale faceva consistere tutta la differenza tra l'una e l'altra categoria di leggi dall'oggetto della disposizione, se cioè esso fosse la cosa immobile, o lo stato e la capacità delle persone. Nel nostro ordine d'idee cotesta ricerca è del tutto frustranea. Per eliminare i conflitti abbiamo più volte detto che, senza cercare di stabilire se l'oggetto della disposizione sia la cosa o la persona, bisogna

invece volgere la mente alla natura del rapporto o del fatto giuridico in confronto della legge che deve avere autorità su di esso. Non curandoci quindi di discutere se si tratti di diritti reali o di diritti personali, se si tratti di effetti giuridici che concernono le persone, lo stato delle medesime e la capacità, o le cose ed i diritti che su di queste alle persone appartengono, tutto si riduce ad investigare e determinare, quale sia la legge sotto di cui ciascun rapporto o ciascun fatto giuridico sta di per sè stesso, vale a dire, quale sia la legge la quale, avuto riguardo alla natura del rapporto o del negozio giuridico, deve avere autorità a governare l'uno o l'altro. Fissata così l'autorità di ciascuna legge può sorgere poi il caso di limitarne l'efficacia nell'applicazione, secondo le regole ed i principii discussi ed esposti.

Stando fermi nel nostro ordine d'idee, riteniamo, che la questione fondamentale sia questa. Qual'è la legge la quale di per sè stessa deve avere autorità a regolare gli effetti civili del matrimonio a riguardo dei diritti e degli interessi patrimoniali degli sposi? Può essere in facoltà dei medesimi di determinare a volontà la legge che deve avere autorità riguardo a ciò?

Dato che il matrimonio debba ritenersi soggetto ad una data legge, anche per gli effetti che da esso derivano a riguardo dei rapporti patrimoniali: dato che la detta legge debba reputarsi obbligatoria per gli sposi, ovunque essi vogliano celebrare il matrimonio, e che la loro stessa libertà, quanto al regolare mediante patti i loro rapporti patrimoniali, debba essere subordinata alla legge medesima, alla quale tutti i rapporti che nascono dalla costituzione della famiglia devono di per sè stessi essere subordinati: dato che, il rapporto giuridico tra codesta legge e gli sposi non sia un rapporto volontario se ne può dedurre, che quella data legge dovrebbe presumersi obbligatoria per le persone soggette all'autorità di essa, ovunque il matrimonio sia stato celebrato, e che perciò si dovrà presumere accettata, perchè le parti non potevano sottrarsi ai precetti imperativi di essa.

Posto sotto questo punto di vista la controversia, ci sembra che tutto sia ridotto ad esaminare, se le ragioni, le quali militano in favore dell'attribuire alla legge personale degli sposi l'autorità di regolare gli altri effetti civili del matrimonio (dei quali abbiamo parlato innanzi)

sussistano altresì per attribuire ad essi la medesima autorità per quello che concerne i loro diritti ed i loro interessi patrimoniali. Ora a noi non sembra che se ne possa dubitare.

Il matrimonio è infatti una delle più importanti istituzioni sociali. Esso non crea solamente rapporti personali fra i coniugi, ma, siccome il suo scopo è di dar vita alla famiglia, così fa nascere diritti e doveri che abbracciano il presente e l'avvenire. Le leggi, che regolano il matrimonio e la famiglia costituita, formano nel loro insieme un tutto organico, il quale non si può disgregare nelle sue parti, nè i singoli rapporti, che ne derivano, possono essere assoggettati a criteri legislativi diversi, considerandoli come fatti isolati e non connessi senza scindere l'unità del concetto, col quale ciascun legislatore provvede all'organamento della famiglia.

Il regime del patrimonio familiare forma parte integrante di tutto il sistema. Ciascun legislatore provvede a governarlo in questa o in quella maniera in armonia con i principii prevalsi in questa o in quella legislazione a riguardo della condizione giuridica della donna: della maggiore o minore soggezione di lei al marito: della maggiore o minore cura nel conservare il patrimonio familiare destinato a soddisfare i bisogni della famiglia: della tutela dei diritti e degli interessi dei terzi, e via dicendo (1). Conseguentemente il regime dei beni dev'es-

---

(1) Il diritto comune, stabilito secondo le leggi dei diversi paesi, per determinare il regime dei beni dei coniugi in mancanza di patti nuziali e per fissare le norme legali, secondo le quali i patti nuziali possono essere stipulati, trova la sua base sulle ragioni politiche, storiche, economiche e morali, le quali hanno fatto sì che l'uno o l'altro sistema abbia avuto la prevalenza. Il diritto comune prevalso in Inghilterra trova la sua ragione nell'organamento della famiglia e della proprietà come fu fatto da Guglielmo il Conquistatore, che mirò a stabilire saldamente l'aristocrazia feudale. Quanto al regime della comunione, vedi OLIVECRONA, *Origine et développement de la communauté des biens, entre époux. Revue historique*, t. XI, p. 292 — e GIDE, *Étude sur la condition privée et de la femme.*

Può mai sostenersi che gli sposi possano avvalersi della loro autonomia per mutare l'organamento della famiglia, e che le leggi fatte per un popolo possano a volontà degli sposi essere applicate per regolare i rapporti patrimoniali di famiglie straniere?

sere posto in armonia col concetto giuridico predominante nella società coniugale, e deve sovrastare tutti i rapporti e gl'interessi morali e materiali della famiglia, e gl'interessi e i diritti dei terzi.

Ciò posto, se la legge deve provvedere alla conservazione del patrimonio familiare, avendo riguardo al presente ed all'avvenire; alla tutela degl'interessi privati ed a quella degl'interessi pubblici; ai bisogni dell'economia domestica ed alle ragioni del credito a riguardo dei terzi; come può ammettersi il concetto di Laurent che cioè la sovranità debba reputarsi fuori di causa? che gli sposi sono sovrani? che coi patti possano stabilire a volontà il regime dei beni, o a volontà accettare tacitamente qualunque si sia legge in mancanza di patti espressi?

637. Certamente, se tutto potesse dipendere dalla volontà, potremmo trovarci d'accordo con Laurent, e dovremmo pure ammettere che, siccome essa si dovrebbe desumere dalle circostanze, così bisognerebbe applicare in tutto le norme che si applicano agli altri negozii giuridici, ritenendo come più ragionevole la presunzione di essersi le parti riferite alla legge del paese, in cui celebrarono il matrimonio, se esse erano cittadini di paesi diversi, alla legge della loro patria comune se di questa entrambi erano cittadini, o a quella del domicilio se dalle circostanze si potesse desumere che le parti si fossero riferite ad essa onde regolare a norma della medesima il regime legale dei loro beni (1). Ritenendo invece che dai principii e dalla natura delle cose emerga, che i coniugi non possano esser assolutamente autonomi, quanto al regolare a volontà i loro rapporti patrimoniali, o quanto al sottomettersi con piena libertà a questa o a quella legge: considerando che l'ordinamento della famiglia interessa ciascuna sovranità sotto ogni e qualunque rispetto, tanto che esso concerna i rapporti

(1) La Corte d'Algeri, fondandosi sempre sul concetto che tutto debba dipendere dalla presunta volontà, decise che uno straniero, il quale aveva stabilito in Francia la sua residenza e che aveva ivi celebrato il matrimonio senza stipulare alcun patto, quanto al regime dei beni si doveva presumere aver accettato il regime della comunione secondo il Codice francese, 16 févricr 1867; SIREY, 1868, 2, 48.

personali dei membri di lei, quanto i diritti di questi sul patrimonio, e che la sovranità non può essere in ciò disinteressata, dobbiamo conseguentemente ammettere, che l'interesse di regolare i rapporti patrimoniali dei coniugi non possa sorgere dalla parte della sovranità dello Stato, ove il matrimonio sia stato celebrato, non dalla parte di quella del paese, ove, per avventura, si trovassero gl'immobili appartenenti ai coniugi, nè dalla parte di quella ove i coniugi volessero fissare il domicilio coniugale, potendo questo essere incerto ed indeterminato, ma che sorge bensì dalla parte della sovranità dello Stato, a cui la famiglia, che si forma, appartiene, perchè questa sovranità, che deve regolare la costituzione della famiglia, deve governare altresì e tutelare i diritti di questa e dei membri che la compongono, fissando il regime legale dei beni dei coniugi in mancanza di patti espressi in ordine a ciò.

Quale interesse può avere la sovranità francese ad imporre il regime della comunione ad una famiglia italiana, sia pur essa domiciliata in Francia senza aver rinunziato alla cittadinanza italiana?

Siccome gli effetti civili del matrimonio da tali italiani celebrato dovrebbero essere retti dalla legge italiana, e non dalla francese; così da essa e non da questa dovrebbe dipendere il regime legale dei beni.

638. Dovrebbe essere lo stesso se l'italiano avesse tolto in moglie una francese. Questa come diventerebbe italiana col matrimonio, e dovrebbe rimanere soggetta alla legge nostra per gli effetti civili dell'unione contratta, così dovrebbe pure rimanervi per decidere se il regime dei beni nei suoi rapporti col marito di lei dovesse essere reputato quello della comunione universale, secondo il Codice civile francese, o quello della separazione secondo il Codice civile italiano. Come ammettere l'importanza che si vuol dare alla convenzione tacita a fine di sostenere che per dato e fatto della celebrazione del matrimonio o del domicilio possa fondarsi la presunzione di avere un italiano, che si sia unito in matrimonio con una francese, accettato il regime della comunione secondo il Codice francese? Non potendo un italiano stipulare neanche con patto espresso la comunione universale, come si potrebbe supporre che egli potesse ciò fare con la conven-

zione tacita? Questa può ammettersi nel senso però ch'egli abbia inteso di riferirsi alla legge italiana, e di accettare il regime legale secondo questa, perchè, dovendo rimanere ad essa soggetta dovunque, si deve presumere che l'abbia accettata, perchè egli era da essa obbligato.

Per le medesime ragioni si dovrebbe ritenere, che qualora un francese togliesse in moglie un'italiana, e celebrasse il matrimonio in Italia senza farlo precedere da alcun patto a riguardo del regime dei beni, questo dovrebbe essere determinato a norma del Codice civile francese, cioè quello della comunione universale. Non vi sarebbe al certo alcuna ragione per assoggettare tale famiglia al diritto comune stabilito dal Codice civile italiano: nè l'ordine pubblico ed il diritto sociale italiano sarebbero lesi dal riconoscere l'autorità della legge francese, che regola alla sua maniera il regime dei beni tra coniugi francesi. Neanche la circostanza dell'avere un francese fissato il suo domicilio in Italia potrebbe essere decisiva per assoggettarlo alla legge italiana. Abbiamo più volte detto e dimostrato, come la legge regolatrice dei rapporti di famiglia debba essere determinata dalla cittadinanza e non dal domicilio. In un sol caso questo potrebbe esercitare la sua influenza, quando cioè un francese avesse stabilito il domicilio in Italia con l'intenzione di non più ritornare in Francia, perchè, in tale caso, siccome egli verrebbe a perdere la cittadinanza francese a norma dell'art. 17, così dovrebbe essere sottratto all'impero della legge francese.

Dalle cose dette e fino a questo punto discusse ne consegue che si debba reputare uno degli effetti civili del matrimonio celebrato senza precedenti patti nuziali quello di assoggettare gli sposi al diritto comune per quello che concerne il regime dei beni ad essi appartenenti, e che il diritto comune, a cui essi devono essere reputati soggetti, debba essere quello dello Stato, di cui il marito sia cittadino al momento in cui il matrimonio è celebrato.

§ 6°

Effetti civili del matrimonio putativo.

639. Concetto del matrimonio putativo secondo il diritto positivo. — 640. Gli effetti di esso devono essere retti in principio dallo statuto personale. — 641. Casi nei quali può ammettersi l'applicazione della legge territoriale. — 642. L'unione celebrata dinanzi a chi non aveva assolutamente qualità per assistere al matrimonio non può essere riguardata come un matrimonio putativo. — 643. Il matrimonio celebrato con uno che in buona fede era reputato cittadino di uno Stato può giustificare l'applicazione della legge di questo circa il matrimonio putativo. — 644. La legge territoriale circa gli effetti del matrimonio putativo può giovare ad uno che voglia dedurre un dato effetto nel territorio da un matrimonio nullo. — 645. Si conferma la regola circa l'applicazione dello statuto personale.

639. Gli effetti civili, che derivano dal matrimonio, e dei quali abbiamo discorso fino a questo punto, devono ammettersi ogniqualvolta che l'unione dell'uomo e della donna riunisca tutte le condizioni, subordinatamente alle quali secondo il diritto positivo il matrimonio deve reputarsi esistente. Secondo certe leggi sono per altro attribuiti gli stessi effetti all'unione, la quale abbia l'apparenza esteriore del matrimonio valido e giuridico, ma che in fatto sia nullo a cagione della mancanza di uno dei requisiti necessari alla sua validità secondo il diritto positivo, e che sia a norma di questo annullato. Tale unione è quella che, secondo le leggi di certi paesi, è denominata matrimonio putativo, e che produce gli effetti civili tanto riguardo ai coniugi, quanto riguardo ai figli nati prima dell'annullamento di esso, qualora sia stato contratto in buona fede da entrambi i coniugi, e, qualora uno di questi soltanto lo avesse contratto in buona fede, produce gli effetti civili in favore soltanto di lui e dei figli.

Cotesta regola si trova sancita dagli articoli 201, 202 del Codice civile francese, ed è lo stesso secondo altri Codici come il neerlandese, articoli 150, 151; Cod. italiano, art. 116; Legge spagnuola, articoli 94, 95, 96 della legge provvisoria del matrimonio civile dell'8 giugno 1870; ed altri.

640. In principio bisogna ammettere, che la legge stessa, la quale deve regolare i rapporti di famiglia, e gli effetti civili, che derivano dalla famiglia costituita, debba avere autorità altresì per attribuire gli effetti civili all'unione, che abbia avuta l'apparenza del matrimonio giuridico valido, ma che si trovi affetta da nullità, quando sia stata contratta in buona fede. Si tratta, infatti, di regolare la condizione giuridica delle persone, e di determinare le conseguenze della buona fede delle medesime a riguardo degli effetti civili derivanti dalla loro unione. Non si può quindi dubitare che le disposizioni del Codice civile francese, o quelle del Codice civile italiano, debbano esser applicate ai francesi, che abbiano celebrato il matrimonio all'estero, o agl'italiani, che ciò avessero fatto, ogniqualvolta che la loro unione abbia il carattere di matrimonio putativo a norma del diritto francese o del diritto italiano. La difficoltà può sorgere rispetto all'applicazione della legge territoriale agli stranieri, che volessero invocarla, a fine di far attribuire gli effetti civili alla loro unione, supposto che di tale vantaggio non potessero essi godere a norma della legge della loro patria.

A primo aspetto, potrebbe parere che, siccome la disposizione, che concerne il matrimonio putativo, forma parte di quelle che governano i rapporti di famiglia, essa non possa essere applicata che ai cittadini soltanto, e non agli stranieri, in virtù della regola generale, che cioè la competenza legislativa, a riguardo della famiglia, debba essere attribuita allo Stato, cui essa appartiene.

641. Bisogna non pertanto riconoscere, che vi possono essere casi e circostanze, in cui della disposizione della legge territoriale possono ritrarre vantaggio anche gli stranieri.

Abbiamo dimostrato innanzi, come per quello che concerne la forma debba applicarsi al matrimonio la regola generale *locus regit actum*. Ora, supposto che la nullità derivi da un vizio di forma, e che, secondo la legge del paese, ove il matrimonio sia stato celebrato (e che dev'essere applicata, onde decidere della validità di esso quanto alla forma), fosse disposto in conformità di quanto dispongono gli articoli 201, 202 Cod. franc., o 116 Cod. ital., noi opiniamo che lo straniero, in tale ipotesi, possa giovarsi delle disposizioni suddette, onde

dedurre le conseguenze, che, secondo la legge territoriale, possono derivare dalla sua buona fede.

Non intendiamo al certo sostenere, che questa possa essere considerata una questione di forma, ed assoggettata alla regola *locus regit actum*, ma diciamo non pertanto, che, siccome la competenza legislativa a riguardo della forma e della validità o nullità del matrimonio in conseguenza dell'osservanza o inosservanza di essa, deve essere attribuita alla sovranità del paese, ove il matrimonio fu celebrato, così ci pare, che debba pure ammettersi, che siccome essa sovranità è chiamata a regolare con le sue leggi le formalità, debba essere pure chiamata a regolare le conseguenze derivanti dall'inosservanza delle formalità avvenuta in buona fede da parte dei contraenti, e che qualora essa, tenendo conto della buona fede, faccia salvi in considerazione della medesima gli effetti civili dell'unione nulla per difetto di forma, di tale disposizione possano ritrarre beneficio anche gli stranieri.

E qui cade in acconcio di notare, che, qualora si volesse accettare la nostra opinione, e fosse il caso di applicare la regola da noi suggerita, non potrebbe al certo reputarsi sufficiente, che le parti o una di esse, celebrando in una qualsiasi maniera il matrimonio, avessero potuto credere in buona fede di celebrare un matrimonio valido per la forma, onde ammetterle ad invocare il benefizio della legge, imperocchè, concesso pure che di tale benefizio potessero godere gli stranieri, bisognerebbe sempre ammettere, che di esso dovessero godere nel caso soltanto, in cui avessero celebrato un matrimonio, che avesse avuto l'apparenza del matrimonio valido e giuridico, e non così nel caso, in cui la loro unione non potesse essere considerata giuridicamente esistente, come matrimonio, avuto riguardo alla forma della celebrazione.

642. Tale, ad esempio, sarebbe il caso di un matrimonio celebrato dinanzi a chi non avea qualità per procederne alla celebrazione, o senza osservare menomamente le disposizioni della legge civile. Questa può pure attribuire certi effetti a quello che fu fatto sottomettendosi alle sue prescrizioni, e proteggere la buona fede di coloro, che volendole osservare le violarono per un errore di fatto, ma non può

attribuire alcun effetto civile a quello che fu fatto fuori delle sue prescrizioni e senza volersi sottomettere a quanto essa disponeva. Non si potrebbe sostenere quindi, che la buona fede potesse attribuire validità al matrimonio celebrato dinanzi al Ministro ecclesiastico, supposto che la legge territoriale sullo stato civile dichiarasse competente a celebrare il matrimonio l'ufficiale dello stato civile soltanto. Potrebbe forse la buona fede fare attribuire alcun effetto civile a quello che non esiste secondo la legge civile? Non si potrebbe in questo caso neanche invocare opportunamente l'errore di diritto, adducendo ad esempio di avere gli stranieri creduto in buona fede di contrarre un matrimonio valido secondo la legge del loro paese, che supponiamo reputi valido il matrimonio celebrato col rito religioso. Bisogna infatti in principio riconoscere, che la buona fede non si presume in favore di uno che violi la legge: *nemo jus ignorare censetur*. È vero che cotesta presunzione può in certi casi essere esclusa con la prova contraria, e che vi possono essere circostanze nelle quali l'errore di diritto si può convertire in un errore di fatto (1), ma questo non può ammettersi al certo nell'ipotesi che uno si sia posto interamente fuori della legge civile. Del resto, senza discutere ulteriormente intorno a ciò, ci pare sufficiente lo stabilire la regola, che quando sia il caso di applicare la legge territoriale a riguardo degli effetti del matrimonio putativo, nell'ipotesi testè menzionata, ciò non si possa fare se non quando sussista la buona fede sotto le condizioni stabilite dalla legge stessa.

613. Facciamo ora un'altra ipotesi, che cioè il matrimonio sia stato celebrato da uno, che per errore era reputato cittadino italiano, e che posteriormente constatata la sua vera nazionalità, codesto matrimonio sia stato dichiarato nullo in conformità della vera legge personale di chi l'aveva celebrato. A noi sembra che, anche in questo caso, colui che sia realmente straniero, ma che abbia celebrato il matrimonio attenendosi al Codice italiano, perchè in buona fede credeva di essere

(1) Confr. Cassation, 11 août 1841 (*Journal du Palais*), ed Osservazioni del relatore, *ivi;* Tribunal civil de Bordeaux, 10 août 1881, e Cour de Bordeaux, 5 février 1883, CLUNET, *Journal*, 1883, p. 621.

italiano, possa invocare l'applicazione dell'articolo 116 onde godere il beneficio di attribuire al matrimonio gli effetti civili secondo la legge italiana. La ragione di questa opinione ci sembra di trovarla nel carattere stesso della disposizione. Essa è infatti inspirata ai principii di equità e di umanità. Il legislatore prendendo in considerazione l'intenzione e la buona fede, dispone, che colui, che con oneste intenzioni celebrò il matrimonio ritenendolo giuridicamente valido, debba godere il benefizio degli effetti civili riconosciuti dalla legge al matrimonio valido, anche quando questo non sia tale, e sia annullato. Ora se di tale benefizio può godere certamente un italiano, ci sembra che debba goderne altresì colui, che per errore credeva di essere italiano, e che non era tale, qualora il matrimonio da esso celebrato, non avendo i requisiti necessari alla sua validità a norma della propria legge personale di lui, sia per questo dichiarato nullo.

644. Ci sembra finalmente, che, qualora in Francia o in Italia, ad esempio, si trattasse di voler dedurre un determinato effetto civile dal matrimonio celebrato all'estero da stranieri, e affetto da nullità, non dovesse essere negato ad essi di godere il benefizio della legge territoriale relativamente a quel dato effetto, che dovrebbe aver luogo nel territorio, perchè riteniamo, che l'applicazione della legge territoriale possa essere giustificata in considerazione del rispetto dei principii di equità e di ordine pubblico. Tale sarebbe ad esempio il caso di una successione che venisse ad aprirsi in Francia o in Italia a favore di uno straniero, e che lo si volesse escludere adducendo che il matrimonio fosse affetto da nullità.

Non può invero applicarsi la legge territoriale a fine di attribuire la validità al matrimonio nullo secondo la legge personale dello straniero, poichè questo equivarrebbe a creare quello che non è; nè si potrebbe disconoscere l'autorità dello statuto personale, ma, quantunque questo non attribuisca gli effetti civili al matrimonio putativo, considerando che la legge territoriale, sotto l'impero della quale supponiamo essersi aperta la successione, attribuisca i diritti successorii al coniuge, che abbia contratto il matrimonio in buona fede, e che, facendo questo in omaggio al rispetto dei principii di umanità e di equità a solo fine di tutelare la buona fede, assume il carattere di

legge d'ordine pubblico, perchè tende a tutelare la vita e l'esistenza della famiglia, e a proteggere il diritto di coloro, che con tale intenzione la costituiscono, in conseguenza, ci sembra, che la detta legge territoriale possa essere utilmente invocata dagli stranieri. S'intende bene, che nell'ordine delle nostre idee ammettiamo l'applicazione della legge territoriale limitatamente a quel dato effetto, che deve seguire nel territorio, e che sostenendo tale opinione non intendiamo sostenere pure che debba essere applicata la legge territoriale anche per regolare i diritti successorii; riteniamo invece che questi debbano essere retti dalla legge straniera, alla quale il matrimonio valido deve essere soggetto. Conseguentemente la nostra opinione dev'essere intesa nel senso, che qualora i diritti successorii potessero essere negati al coniuge straniero a cagione dell'essere nullo il matrimonio da lui contratto, e la successione si fosse aperta in Italia o in Francia, e militassero gli estremi contemplati dalla legge francese o italiana in favore dell'attribuire a tale unione nulla il carattere del matrimonio putativo, il diritto alla successione dovrebbe essere ammesso, ma regolato dalla legge straniera.

645. Fuori di questi casi o di altri, nei quali gli stessi principii potessero avere applicazione, riteniamo che debba decidersi a norma dello statuto personale, se debba o no ammettersi efficace a certi effetti il matrimonio putativo, e siccome l'ammetterlo od escluderlo deve dipendere dalla legge chiamata a regolare la famiglia costituita, così non occorre applicare la legge personale dell'uno o dell'altro contraente, onde decidere a norma di ciascuna di esse circa gli effetti del matrimonio putativo a riguardo dell'uno o dell'altro, ma deve bensì tutto dipendere dalla legge personale del marito, la quale come deve governare la famiglia costituita, deve governare altresì le conseguenze che possono derivare dall'esistenza della famiglia e dall'annullamento di essa, dopo che sia stata formata.

CAPITOLO V.

Della separazione personale.

646. Concetto della separazione personale. — 647. Sono diverse le leggi dei varii Stati a riguardo di essa. — 648. Questioni che possono nascere quando l'istanza sia fatta da coniugi stranieri. — 649. Uno straniero può promuovere la separazione. — 650. Prevalenza dello statuto personale. — 651. Questione circa la competenza del tribunale; sistemi diversi. — 652. Opinione nostra. — 653. Il tribunale adito può sempre decretare la separazione di fatto. — 654. Delle ulteriori conseguenze della separazione già pronunziata da tribunale estero. — 655. Della legge secondo cui dev'essere decisa in merito l'istanza di separazione. — 656. Il procedimento dev'essere governato dalla legge territoriale. — 657. Effetti della separazione.

646. L'obbligazione di vivere in comune, che è imposta ai coniugi in conseguenza del matrimonio, può venire a cessare, quando durante l'unione coniugale vengano a verificarsi certe cause e certe circostanze determinate dalla legge, e che sono da questa considerate sufficienti a sciogliere i coniugi dall'obbligo della coabitazione, autorizzandoli a provocare dal magistrato competente la sentenza che conceda ad essi di vivere separati.

La separazione personale non scioglie il vincolo del matrimonio, ma lascia invece sussistere tutti gli effetti giuridici, che da esso derivano, quelli soltanto eccettuati, che sono la conseguenza della vita in comune. Codesta separazione non può risultare che da una sentenza del magistrato competente: perlocchè lo stato, in cui si trovano i conjugi legalmente separati, è quello, che deriva dalla sentenza, che di essi abbia ammessa la separazione, e non deve confondersi con quello che può essere la conseguenza dell'accordo fra loro interceduto (allorquando abbiano convenuto di vivere separati l'uno dall'altro) e che non può produrre alcuna modificazione dello stato personale dei medesimi, nè a loro riguardo, nè a riguardo dei terzi.

647. Le disposizioni legislative in materia di separazione sono diverse. Alcune leggi non ammettono la separazione quale stato per-

manente, perchè la considerano come una scaturigine frequente di disordini e di scandali. Così è secondo la legge federale svizzera, la quale non consente di pronunciare la separazione per una durata illimitata, ma solo come provvedimento temporaneo per evitare il divorzio, nei casi nei quali si possa riuscire ad evitarlo. Conseguentemente la legge ginevrina del 5 aprile 1876, destinata a regolare pel Cantone di Ginevra l'attuazione della legge federale del 24 dicembre 1874, dispone all'articolo 125: « La séparation de corps ne pourra être prononcée pour plus de deux ans ».

Accade lo stesso nell'Impero germanico, fino dalla promulgazione della legge del 6 febbraio 1875, la quale pure considera la separazione personale definitiva come incompatibile coi buoni costumi; ed è per questo che ivi si ammette soltanto il divorzio, e che coll'art. 77 della mentovata legge è stato disposto, che coloro, i quali abbiano ottenuta la separazione personale definitiva secondo le leggi anteriori, qualora non si siano riuniti, possano provocare lo scioglimento del matrimonio col divorzio.

Secondo il Codice olandese la separazione personale è ammessa; però qualora essa abbia durato per cinque anni compiuti senza che vi sia stata conciliazione, ciascuna delle parti può provocare lo scioglimento del matrimonio col divorzio.

In altri Stati troviamo l'istituto della separazione personale definitiva ed il divorzio egualmente riconosciuti; così accade in Austria, ove il divorzio è inibito, quando uno dei coniugi sia cattolico, ed è concessa soltanto la sola separazione personale. Vi sono pure paesi, nei quali la sola separazione personale è ammessa dalle leggi essendo proibito il divorzio. Così è in Italia ed in Spagna ed in quelli Stati dell'America, nei quali prevale la teoria del diritto canonico, circa l'indissolubilità del matrimonio.

Una notabile diversità fra le leggi dei diversi paesi la troviamo pure a riguardo delle cause per le quali la separazione personale può essere pronunciata, e ci basti rammentare, che, secondo la legge italiana, art. 158, la separazione personale può aver luogo pel solo reciproco consenso dei coniugi con l'omologazione del tribunale, e che è lo stesso, secondo il Codice austriaco (art. 103), mentre altre leggi non

ammettono la separazione consensuale. Così il Codice francese, che nel suo titolo originario del divorzio ammetteva questo per mutuo consenso (art. 275 e seguenti), inibiva poi la separazione consensuale, art. 307. Il Codice olandese, oltre che la separazione personale per una determinata causa, coll'art. 291, ammette la separazione consensuale, senza allegare alcun motivo determinato, però tale istanza non può essere promossa che dopo due anni di matrimonio.

648. Cotesta diversità di legislazione può dar luogo naturalmente a varie controversie, quando l'istanza sia fatta dai coniugi stranieri. Può infatti sorgere il dubbio: 1° se debba essere riconosciuto il diritto di provocare la sentenza di separazione personale; 2° se i tribunali possano dichiararsi competenti a decidere per rapporto all'istanza di separazione fatta da coniugi stranieri ivi residenti; 3° se debbano applicare la legge personale o la legge territoriale per giudicare intorno alla separazione, e per regolare gli effetti che da essa derivano.

649. Il diritto di provocare la separazione personale non può essere al certo disconosciuto ai coniugi stranieri, perchè, quando si verifichino le circostanze, per le quali loro sia divenuto malagevole di vivere uniti, i provvedimenti giudiziari ordinati a far cessare uno stato di cose per essi intollerabile, e a regolare i loro rapporti giuridici non possono essere negati ai medesimi, oggi soprattutto che si ammette, che la giustizia debba essere amministrata imparzialmente a riguardo dei cittadini e degli stranieri. Supposto pure che secondo la legge dello Stato non fosse concesso di pronunciare la separazione definitiva, ma per un tempo determinato, e come misura provvisoria, questa non potrebbe essere di per sè stessa una ragione sufficiente per rigettare la domanda di due coniugi stranieri, che avessero fatta l'istanza per ottenere la sentenza di separazione, la quale verrebbe ad essere definitiva a norma del loro statuto personale. Come dimostreremo in seguito, la questione, se la separazione personale possa dar luogo al divorzio, deve essere risoluta a norma dello statuto personale dei conjugi, così come ogni altra questione che possa concernere lo scioglimento del vincolo coniugale. Non occorre dunque che il tribunale si preoccupi se la separazione personale debba essere definitiva o temporanea, perchè questa è una delle questioni che riguarda i rapporti

di famiglia, e dacchè un legislatore abbia stimato essere contrario al buon ordinamento della famiglia lo stato di separazione personale definitiva, non se ne può dedurre che cotesta legge, che deve certamente avere autorità imperativa rispetto alle persone soggette ai precetti di quel legislatore, la debba avere parimenti rispetto agli stranieri, i rapporti di famiglia dei quali devono essere governati dal loro statuto personale, per quello che concerne la permanenza e lo scioglimento del vincolo coniugale.

650. La difficoltà, che può essere con ragione sollevata in tale evenienza, è, se il tribunale adito debba reputarsi competente a pronunciare la separazione tra stranieri, o se debba invece dichiararsi incompetente, e rimettere l'attore al giudice della patria di lui, o del domicilio; ma a parte cotesta questione, di cui ci occuperemo or ora, non ci pare che, quando la competenza possa essere giustificata, debba poi reputarsi una ragione per non ammettere l'istanza, che a norma dello statuto personale la separazione è definita, e a norma della *lex fori* la separazione può essere soltanto temporanea o viceversa. Dobbiamo ripetere, che l'influenza che può esercitare la separazione personale a riguardo dello scioglimento del matrimonio deve dipendere dagli stessi principii che esporremo in seguito circa il divorzio, ma quello che concerne l'ammettere o il non ammettere l'istanza per la separazione, e il sentenziare intorno ad essa dev'essere del tutto indipendente dall'influenza che potrà poi esercitare la separazione personale nell'ulteriore giudizio per ottenere in virtù di essa lo scioglimento del vincolo coniugale.

Non si può al certo sostenere, che le ulteriori conseguenze, che dalla separazione pronunciata dal giudice possono derivare, possano di per se stesse costituire una ragione d'ordine pubblico e d'interesse sociale per modificare i principii generali a riguardo della separazione personale fra stranieri. In conseguenza non ci sembra ben fondata in diritto la sentenza della Corte d'appello di Milano, la quale nella causa Nellinger rifiutò di pronunciare la separazione personale sull'istanza promossa da una prussiana, perchè ritenne in massima l'incompetenza nelle questioni di stato tra stranieri, ed inoltre volle ravvisare l'offesa all'ordine pubblico, se si fosse pronunziata la separazione personale

tra coniugi prussiani per la considerazione, che a norma della legge prussiana del 1 marzo 1869 la separazione era un avviamento al divorzio inibito secondo il diritto italiano (1). Il legislatore italiano impone ai magistrati di non applicare le leggi straniere, quando di esse l'applicazione importi offesa ai principii d'ordine pubblico, dal che si può dedurre che i tribunali italiani non possano nell'attuale stato di legislazione pronunciare il divorzio, ma sarebbe lo stesso che esagerare la portata della disposizione della legge italiana, se si volesse ammettere che i tribunali dovessero reputare l'ordine pubblico offeso, dacchè pronunciando essi la separazione personale tra stranieri, costoro potessero poi valersene per far pronunciare il divorzio nella loro patria.

Può bene accadere che uno stato personale attribuisca certi diritti e produca certe conseguenze secondo lo statuto personale, che non siano ammessi a seconda del diritto pubblico vigente nello Stato; questa però può essere una ragione per dedurne, che in tali circostanze ad uno straniero non debba essere concesso d'invocare la sua legge personale onde esercitare quei diritti che importassero offesa al diritto pubblico vigente nello Stato. Nel caso deciso dalla Corte di Milano la posizione delle cose era invece del tutto diversa. L'istanza fatta al tribunale italiano tendeva a far pronunciare la separazione personale, e siccome l'istituto della separazione personale è ammesso nella legislazione italiana, qualora non si potesse escludere la competenza del tribunale per altro motivo, quello delle conseguenze che poteva produrre la sentenza di separazione nella patria dei coniugi non poteva al certo essere una ragione per rifiutarsi di pronunciarla.

Per le medesime considerazioni non ci sembra accettabile la dottrina stabilita dal Tribunale federale svizzero nella causa dei coniugi Surrugues (2).

Esso ritenne, che i tribunali ginevrini non avevano il diritto di pronunciare la separazione personale tra i coniugi Surrugues francesi,

(1) 15 febbraio 1876, Nellinger c. Stüve, *Monitore dei Tribunali*, 1876, pag. 318.

(2) *Tribunal fédéral*, 18 octobre 1878 (*Journal des Tribunaux* de Lausanne, 1878, pag. 733).

perchè secondo il Codice francese la separazione è definitiva, mentre secondo la legge svizzera non può essere che temporanea, non potendo essere pronunciata per più di due anni. Noi dovremmo ripetere la medesima argomentazione. Il diritto pubblico territoriale svizzero non poteva ritenersi in nessuna guisa offeso dacchè la separazione personale tra coniugi francesi fosse governata dalla legge francese diversamente che da quella svizzera. Essendo ammesso secondo la legge federale l'istituto della separazione personale, supposto che la competenza del tribunale investito della causa non potesse essere per altri motivi declinata, non ostava al certo a pronunciare la sentenza di separazione, che essa fosse poi temporanea o definitiva a norma dello statuto personale dei coniugi separati.

651. La questione più grave a riguardo dell'istanza di separazione personale promossa tra stranieri è quella, che concerne la competenza del tribunale adito. Noi troviamo infatti a tale riguardo una grande disparità di opinioni tra gli scrittori e nella giurisprudenza. Vi è chi sostiene, che per decidere circa la questione di competenza in caso di istanza per separazione personale promossa da uno straniero debbano valere le stesse regole che in ogni altro caso di controversia di diritto privato tra stranieri, e quindi, che siccome la volontaria sottomissione delle parti alla giurisdizione di un tribunale può valere ad attribuire competenza al medesimo in ogni caso d'incompetenza relativa, perciò i tribunali di uno Stato possono giudicare a riguardo della domanda di separazione personale tra coniugi stranieri, quando le parti siano d'accordo per sottomettersi alla giurisdizione dei medesimi (1).

Altri invece negano assolutamente la competenza dei tribunali rispetto ai coniugi stranieri, e ritengono, che tutte le questioni relative al matrimonio, alla separazione personale, e allo scioglimento del vincolo coniugale debbano essere decise dai tribunali della patria.

(1) Confr. Rouen, 12 mai 1874, Clunet, *Journal*, 1875, pag. 356; Alger, 24 juillet 1882, *ivi*, 1884, pag. 191; Nancy, 16 mars 1878, *Journal du Palais*, 1878, pag. 842. — Ricci, *Comm. al Cod. civ. ital.*, vol. I, § 229; Saredo, *Ist. di proc. civ.*, n° 282; Gianzana, *Lo straniero nel diritto civ. italiano*, § 210; Gentet, *Question d'état et de capacité*, p. 33.

L'argomento principale posto innanzi dai sostenitori di tale teoria è, che siccome le questioni di stato personale modificano la condizione giuridica delle persone, e questa deve dipendere dallo statuto personale, così quegli stessi principii, che valgono a stabilire la preminenza della competenza legislativa, debbano valere a stabilire la preminenza della competenza giudiziaria. Che conseguentemente deve essere reputato come giudice naturale dei litiganti, nel caso di controversia di tale natura, quello del paese, la legge del quale deve avere autorità, e che dev'essere applicata per decidere la lite.

Coloro, che così la pensano, sostengono quindi che, quando un tribunale sia chiamato a statuire in via principale a riguardo delle controversie relative ai rapporti di famiglie straniere, esso medesimo debba dichiarare la propria incompetenza, e che in ogni caso poi debba accogliere l'eccezione d'incompetenza proposta *in limine litis* dal convenuto (1).

Il terzo sistema non ammette recisamente la giurisdizione dei tribunali in ogni caso d'istanza di separazione personale tra stranieri, nè la esclude assolutamente; ma ritiene invece che il tribunale adito debba decidere la causa ogniqualvolta che per le circostanze il suo rifiuto potesse equivalere ad un diniego di giustizia (2).

I tribunali francesi hanno ritenuto, che quando il convenuto abbia il domicilio in Francia il tribunale debba dichiararsi competente, anche quando sia sollevata l'eccezione d'incompetenza *in limine litis* (3).

---

(1) Vedi PISANELLI, *Comm. al Cod. sardo*, vol. I, p. 539; GARGIULO, *Proc. civ.*, vol. I, pag. 424; FŒLIX, *Droit. int. privé*, § 133; BARD, *Droit international*, § 207 e segg.; Cass. di Torino, 13 giugno 1874 (*Giurispr. Italiana*, XXVI, 1, 644); Milano, 17 febb. 1876 (*Monitore*, 1876, 318); Paris, 23 juin 1859 (*Journal du Palais*, 1860, pag. 86); Trib. civ. de la Seine, 27 avril 1875 (CLUNET, *Journal*, 1876, p. 362); Amiens, 24 août 1880 (*ivi*, 1882, p. 313).

(2) Confr. PESCATORE nel *Giornale delle Leggi*, 1874, pag. 313 e 321; FILOMUSI-GUELFI, Nota alla sentenza della Corte di Lucca del 28 giugno 1877 nel *Foro Italiano*, Parte II, pag. 1190; LESENNE *dans la Revue pratique de droit français*, *De la séparation de corps entre époux étrangers en France*, t. XXIII, p. 505.

(3) Vedi in questo senso Trib. civ. de Marseille, 23 avril 1875, Klotz c. Klotz (CLUNET, *Journal*, 1876, p. 185).

652. Non è questo il luogo per discutere a fondo cotesta controversia. A noi sembra che la volontaria sottomissione delle parti non possa valere a legittimare la giurisdizione di un tribunale straniero, così come la legittimerebbe in ogni altro caso d'incompetenza relativa. Soggiungiamo inoltre che sono pure molto valutabili le ragioni con le quali si cerca di dimostrare, che la preferenza della competenza legislativa debba influire a stabilire la competenza giudiziaria nelle questioni attenenti ai rapporti di famiglia; per lo che il tribunale straniero adito, non esistendo fino ad oggi un accordo rispetto alle regole della giurisdizione, non dovrebbe senza ragioni ben fondate ritenere e decidere la causa e pronunciare una sentenza, che potrebbe poi essere dichiarata inefficace nella patria dei coniugi stranieri, se ivi prevalesse una diversa regola a riguardo della giurisdizione del tribunale straniero (1). Riteniamo non pertanto, che vi possono essere circostanze, nelle quali il tribunale deve decidere sull'istanza di separazione personale promossa da stranieri, e che il suo rifiuto potrebbe equivalere ad un vero diniego di giustizia.

Quando la domanda di separazione sia motivata da fatti accaduti nel paese straniero, deve reputarsi indispensabile a tutelare i diritti delle persone, che il tribunale decida sull'istanza, per la considerazione che gli elementi di fatto, sui quali il giudizio dev'essere basato, non possono meglio essere accertati, che nella località ove i fatti siano accaduti. Deve parimente ammettersi la competenza rispetto ai coniugi stranieri, che abbiano in uno Stato il domicilio o la residenza,

(1) Il nuovo Codice di procedura per l'Impero germanico del 30 giugno 1877 stabilisce il domicilio come regola generale per la competenza. Per quello poi che concerne la competenza per le controversie relative alla vita matrimoniale o che abbiano per obbietto lo scioglimento, l'invalidità e la nullità del matrimonio, l'art. 568 n° 1 dispone: che è esclusivamente competente il tribunale al quale il marito è sottoposto per il suo statuto di giurisdizione generale. Riesce chiaro che se si trattasse di due coniugi dell'Impero germanico bisognerebbe tener conto della legge di quel paese, e considerando che essa stabilisce una giurisdizione speciale per le questioni attenenti ai rapporti di famiglia, il tribunale adìto dovrebbe limitarsi a decretare i provvedimenti d'urgenza e rimettere i coniugi alla giurisdizione competente secondo il loro statuto personale.

onde non esporli al pericolo o di non trovare facilmente una giurisdizione, che renda ad essi giustizia, o di doverla cercare ad una notabile distanza, ritardando così con grave pregiudizio l'amministrazione della giustizia.

653. Qualunque potesse essere del resto la regola, che un tribunale volesse ammettere a riguardo della propria competenza a pronunziare la sentenza di separazione, certa cosa si è, che il tribunale adito non può fare a meno di accogliere l'istanza e di giudicare intorno ad essa onde decretare i provvedimenti relativi, che secondo le circostanze possono divenire necessari. Così esso potrà autorizzare la separazione di fatto; assegnare al coniuge, che ne ha bisogno, i mezzi al suo sostentamento; provvedere alla custodia dei figli, e prendere ogni altro provvedimento, che secondo le circostanze possa essere richiesto.

Intorno a ciò si può ritenere stabilito l'accordo tra gli scrittori, ed è conforme la giurisprudenza (1).

654. Qualora la separazione personale fosse stata pronunciata da un tribunale straniero competente, e i coniugi stranieri separati, trovandosi in uno Stato, si rivolgessero poi ai tribunali di questo affine di fare regolare certe conseguenze derivanti dalla separazione, (come ad esempio potrebbe essere il diritto di provvedere all'educazione dei figli, o quello di far pronunciare la separazione dei beni, e via dicendo), a noi sembra, che il tribunale adito non dovesse in massima ritenersi competente a decidere tali controversie. A riguardo dei figli può solo ammettersi che il tribunale potesse prendere certi provvedimenti provvisorii a seconda delle circostanze.

Noi possiamo concedere, che, nel caso di istanza per separazione personale promossa secondo la legge regolatrice dei rapporti di famiglia, supposto che il tribunale straniero adito avesse sentenziato circa la separazione personale, possa pure ammettersi che esso potesse sentenziare circa la separazione dei beni, attenendosi allo statuto personale dei coniugi. Qualora invece l'istanza per la separazione dei beni fosse

---

(1) Metz, 26 juillet 1865 (*Journal du Palais*, 1866, pag 922): Tribunal civil de la Seine, 23 janvier 1883 (CLUNET, *Journal*, 1883, pag. 292 e i rinvii, *ivi*).

introdotta in via principale tra coniugi stranieri, che non fossero domiciliati nello Stato, non ci pare che militerebbero le ragioni per sostenere la competenza del tribunale straniero a giudicare su tale controversia.

Ora dobbiamo determinare la legge, secondo cui il tribunale adito deve decidere rispetto all'istanza promossa onde ottenere la separazione.

655. Siccome in principio bisogna ammettere, che la separazione personale, in quanto costituisce una mutazione di stato, dev'essere governata dallo statuto personale, così il tribunale adito non potrà applicare la legge del propio paese affine di decidere a norma di essa, ma dovrà invece attenersi alla legge straniera regolatrice dei rapporti di famiglia. Conseguentemente, qualora a norma dello statuto personale di due coniugi stranieri non si potesse far luogo alla separazione personale, ma solo al divorzio, e che secondo la legge del paese in cui fosse stata promossa l'istanza non fosse ammesso il divorzio, ma soltanto la separazione personale, il tribunale investito della causa, e che si fosse ritenuto competente a deciderla, non dovrebbe applicare la legge territoriale e pronunciare la separazione personale a norma di questa, perchè non potendo i coniugi stranieri essere assoggettati alla *lex fori* per le questioni concernenti i loro rapporti di famiglia, l'applicazione della legge territoriale non potrebbe essere sotto alcun rispetto giustificata.

La Corte di Rouen nella causa tra due coniugi svizzeri domiciliati in Francia ritenne non solo la propria competenza per conoscere e decidere circa la domanda di separazione, ma giudicò pure intorno ad essa applicando la legge francese (1), e la sua sentenza fu poi confermata dalla Corte di cassazione il 1° luglio 1878. Ora, lasciando da parte la questione di competenza, ci pare chiaro, che la controversia circa i rapporti di famiglia di due coniugi svizzeri doveva essere risoluta a norma della loro legge personale, e se secondo questa era il

(1) Rouen, 12 mai 1874, Beuveguen c. Beuveguen, vedi l'art. di Lehr. *Des demandes de séparation de corps entre étrangers* nel *Journal du droit international privé*, 1878, pag. 247.

caso di pronunciare il divorzio e non la separazione personale, e il divorzio secondo il diritto allora vigente in Francia non poteva essere pronunciato, il tribunale dichiarandosi competente poteva senza dubbio decretare una separazione di fatto, qualora l'avesse reputata necessaria, e sentenziare pure circa i provvedimenti temporanei richiesti a fine di regolare la posizione dei coniugi, ma non poteva applicare la legge territoriale a fine di stabilire in virtù di essa una condizione di stato personale non riconosciuta dallo statuto personale dei coniugi stranieri. Ci pare quindi di dover stabilire come regola, che le ragioni d'ordine pubblico possono valere per assoggettare i coniugi stranieri che dimorino in un paese alla legge di questo a fine di legittimare una separazione di fatto, quando sia resa necessaria per tutelare il buon costume, ma che per quello poi, che concerne il sentenziare la separazione come modificazione dello stato personale, bisognerà attenersi allo statuto personale.

Facendo l'applicazione dei principii esposti possiamo ammettere, che il tribunale italiano, ad esempio, potrebbe autorizzare la separazione di fatto tra due coniugi stranieri, anche nel caso che, secondo la loro legge personale, l'istituto della separazione non fosse riconosciuto. Lo stesso deve dirsi nell'ipotesi di un marito straniero che volesse in Italia coabitare con la moglie e con la concubina, o che usasse contro la moglie minaccie, sevizie o eccessi di qualunque natura. Per contrario, due coniugi stranieri di un paese che ammettesse la separazione personale, ma che non la consentisse pel solo motivo del reciproco consenso, non potrebbero fare istanza al tribunale italiano di omologare la separazione consensuale a norma dell'art. 158 del Codice civile italiano, perchè nell'ipotesi, che la separazione pel solo reciproco consenso dei coniugi non fosse ammessa a norma dello statuto personale dei medesimi, non lo potrebbe essere in virtù della legge territoriale. Per la medesima ragione due coniugi italiani residenti in Austria non potrebbero fondare una domanda di separazione personale sui motivi contemplati dal Codice civile austriaco, ma bensì dovrebbero attenersi a quelli soltanto che sono contempati dalla legge italiana, ed il magistrato austriaco dovrebbe riferirsi a questa per sentenziare efficacemente la separazione personale di codesti coniugi.

656. La legge territoriale in questa materia dev'essere applicata per tutto quello che concerne il procedimento richiesto onde pronunciare la sentenza di separazione, ed anche per le condizioni alle quali può essere subordinata l'ammissibilità dell'istanza. Così a norma degli articoli 104 e 105 del Codice civile austriaco, essendo disposto che non si possa fare la domanda di separazione, senza che gli sposi presentino un certificato di un ministro della loro religione, il quale attesti che per tre diverse volte abbia tentato di riconciliarli, tale certificato deve reputarsi necessario anche per gli stranieri, perchè imposto secondo il diritto processuale di quel paese.

657. Per quello che concerne gli effetti della separazione, notiamo, che in massima devono essere regolati dalla stessa legge, da cui la separazione come modificazione di stato personale dev'essere governata. Siccome la separazione non rompe il vincolo coniugale, ma solo modifica la condizione dei coniugi, così è naturale, che i suoi effetti debbano dipendere dalla legge regolatrice dei rapporti di famiglia. Noi esaminammo già innanzi come la questione, se la moglie separata possa naturalizzarsi senza il consenso del marito, dev'essere risoluta a norma dello statuto personale (1). Ora dobbiamo soggiungere che in generale la capacità ad obbligarsi della moglie legalmente separata dovrà dipendere ognora dalla legge regolatrice dei rapporti di famiglia. In conseguenza se la moglie legalmente separata, tutto che separata di beni, avesse bisogno dell'autorizzazione del marito per obbligarsi validamente a norma dello statuto personale della famiglia, bisognerà attenersi a quanto esso dispone. Questa regola dovrà valere, anche nel sistema, il quale ammette che i rapporti di famiglia devono essere governati dalla legge del domicilio. Non si può infatti, accettando codesta regola, sostenere, che potendo la moglie separata avere legalmente un domicilio diverso da quello del marito, la capacità di lei dovesse essere retta dalla legge del paese, nel quale essa avesse stabilito il domicilio, imperocchè siccome la medesima, benchè separata, continuerebbe ad essere avvinta dal vincolo coniugale, e quindi sussisterebbero tuttora i diritti ed i doveri reciproci, che da codesto

(1) Vedi vol. I, § 373.

vincolo derivano, così la sua capacità ad obbligarsi dovrebbe dipendere dalla legge del domicilio coniugale (che sarebbe ognora legge regolatrice dei rapporti della famiglia sussistente) e non già dalla legge del domicilio liberamente da lei scelto.

Lo stesso principio dovrà applicarsi a riguardo delle conseguenze della separazione personale rispetto ai beni, e quindi non solo onde decidere se la separazione personale debba produrre di diritto la separazione dei beni, ma onde determinare altresì i diritti rispettivi spettanti ai coniugi sui loro beni, secondo che essi si siano coniugati sotto il regime della comunione o sotto quello della dote. Tutte queste controversie devono essere governate non già dalla *lex fori*, ma bensì a seconda dello statuto originario della famiglia (1).

---

(1) La Corte di Messina si dichiarò competente non solo a pronunciare la separazione personale di due coniugi stranieri dietro consenso comune di essi, ma a pronunciare altresì la separazione dei beni a norma della *lex fori* quantunque, secondo lo statuto personale, non fosse concesso alla donna separata il diritto alla restituzione della dote, 4 maggio 1869 (Maurocordato), *Annali di Giurisprudenza*, 1870, 2, 509. Tale decisione non ci sembra ben fondata in diritto.

Vedi per le conseguenze della separazione a riguardo dei beni: LAURENT, *Droit civil intern.* — *Le régime matrimonial*, tome V, Metz, 26 juillet 1855, et Cass. française, 7 mars 1870.

CAPITOLO VI.

Del Divorzio.

658. Il concetto dell'indissolubilità del vincolo coniugale è diverso nei varii sistemi di leggi. — 659. (*Leggi vigenti*) in Austria. — 660. In Francia. — 661. Nell'Impero germanico. — 662. Nella Svizzera. — 663. Nella Danimarca, nella Svezia e Norvegia. — 664. In Turchia. — 665. Nel Belgio. — 666. In Inghilterra. — 667. Negli Stati Uniti d'America. — 668. Sono pure diversi i principii circa la competenza del tribunale. — 669. Si riassumono i diversi sistemi circa le regole di competenza. — 670. Inconvenienti che ne derivano - rimedii suggeriti. — 671. Osservazioni circa il fondamento della competenza. — 672. Disputa circa la legge secondo la quale dev'essere decisa in merito l'istanza per divorziare. — 673. La legge sul divorzio è tra quelle di ordine pubblico. — 674. Il diritto a fare divorzio non può essere considerato come un diritto privato personale. — 675. Non ci pare esatto l'attribuire alla legge sul divorzio il carattere di legge di polizia e di legge penale. — 676. Il divorzio dev'essere considerato in rapporto diretto col diritto di famiglia e dev'essere governato dagli stessi principii che reggono i rapporti di famiglia. — 677. In Germania prevale la teoria la quale ammette la preminenza della *lex fori*. — 678. In Francia, alla legge sul divorzio era stato attribuito il carattere dello statuto reale. — 679. Nella Gran Bretagna è stata accettata una dottrina non uniforme. — 680. La giurisprudenza dei tribunali scozzesi conferma il concetto che attribuisce alla legge l'autorità dello statuto reale. — 681. In Inghilterra la più recente giurisprudenza riconosce il carattere dello statuto personale e ammette la preminenza della legge del domicilio coniugale. — 682. Teoria accolta dai tribunali americani. — 683. La sussistenza o lo scioglimento del vincolo matrimoniale deve dipendere dallo statuto personale. — 684. Sotto quale rispetto deve ammettersi la preminenza della legge territoriale. — 685. Si riassume il principio che noi ammettiamo. — 686. Osservazioni critiche sulla sentenza della Corte di Bruxelles, del 14 maggio 1881. — 687. I principii stabiliti dalla giurisprudenza dei tribunali di un paese non fanno parte dello statuto personale. — 688. Si esamina la questione se uno straniero possa invocare il proprio statuto personale onde fare divorzio in un paese ove sia inibito dalla legge. — 689. Come l'istanza a divorziare può cagionare la lesione dell'ordine pubblico. — 690. Le convenzioni delle parti per modificare la legge sul divorzio devono essere reputate inefficaci. — 691. Si esamina l'istanza per divorziare fatta dal naturalizzato e fondata su fatti anteriori alla naturalizzazione. — 692. Difficoltà nel

caso di naturalizzazione del marito, nell'ipotesi che, avendo la moglie conservata la cittadinanza primiera, il divorzio non possa aver luogo secondo la legge personale di lei. — 693. Quando la naturalizzazione può essere attaccata come fraudolenta ed essere reputato inefficace nella patria il divorzio di uno naturalizzato all'estero. — 694. Legge che deve regolare il procedimento e la prova dei fatti. — 695. Effetti della sentenza di divorzio. — 696. Disputa circa il nuovo matrimonio del coniuge divorziato. — 697. L'opinione da noi sostenuta che il divorziato può contrarre nuovo matrimonio può essere mantenuta anche di fronte al diritto italiano. — 698. Casi nei quali l'ordine pubblico può reputarsi leso concedendo al divorziato di celebrare le nuove nozze. — 699. Delle limitazioni secondo la legge personale e quella territoriale a riguardo del matrimonio del divorziato. — 700. Si accenna la decisione della Congregazione della Santa Inquisizione circa l'efficacia del divorzio.

658. Le disposizioni delle leggi circa l'indissolubilità del vincolo coniugale sono sostanzialmente diverse. In alcuni Stati prevale la teoria consacrata dal diritto canonico, che ammette l'indissolubilità del matrimonio fino a che non si verifichi la morte di uno dei coniugi, in altri in vece il divorzio è reputato un mezzo legittimo per sciogliere il matrimonio, quando sia pronunciato con sentenza del tribunale competente. A noi non incombe di discutere se il divorzio debba essere riguardato conforme ai fini morali, che devono servire di base alla famiglia, e se possa ritenersi utile al migliore ordinamento della medesima, perchè questo ci condurrebbe fuori del nostro campo. Ci basta solo di constatare, che vi sono leggi che permettono il divorzio per ragioni gravi di ordine pubblico, ed altre che per ragioni fondate sugli stessi concetti, ma diversamente apprezzati, lo proibiscono assolutamente, la quale diversità di leggi fa nascere naturalmente la grave questione, se il matrimonio di due coniugi stranieri possa essere sciolto col divorzio.

Giova inoltre considerare, che le leggi stesse degli Stati che lo permettono sono notabilmente diverse, e a riguardo dei motivi pei quali il divorzio può essere pronunciato e a riguardo del magistrato competente a giudicarne.

659. In Austria la legislazione, che governa l'importante questione del divorzio, ha un carattere del tutto speciale. Essa infatti inibisce il divorzio tra persone cattoliche, e dichiara parimente indissolubile il

vincolo coniugale se una soltanto delle parti professava la religione cattolica all'epoca del matrimonio (art. 111 Codice civile) (1). Permette invece il divorzio ai non cattolici, art. 115. Le cause legali del divorzio non sono poi le stesse per tutte le confessioni religiose, tanto è vero che vi è una distinzione tra i non cattolici e gli israeliti. A riguardo dei primi il divorzio può aver luogo per mutuo consenso; basta infatti la reciproca avversione, per la quale e l'uno e l'altro dei coniugi domandino lo scioglimento del matrimonio. Le cause determinate poi sono: 1° l'adulterio di uno dei coniugi; 2° la condanna alla pena del carcere per cinque anni almeno; 3° l'abbandono malizioso; 4° le insidie pericolose alla vita o alla salute; 5° i gravi e ripetuti maltrattamenti. Per gli israeliti il divorzio può aver luogo: 1° col reciproco libero consenso, e mediante il libello di ripudio dato dal marito alla moglie (articoli 133 e 134); 2° quando sia provato avere la moglie commesso adulterio (art. 135). Cotesta diversità di disposizioni legislative dà luogo a gravi controversie anche di fronte alla stessa legge austriaca (2).

660. In Francia il titolo originario sul divorzio contenuto nel Codice di Napoleone ammetteva il divorzio per mutuo consenso. L'art. 233 disponeva infatti nel seguente modo: « Le consentement mutuel et persévérant des époux exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe par rapport à eux une cause péremptoire de divorce ». Le cause poi di divorzio, da detto Codice contemplate, sono l'adulterio della donna; l'adulterio del marito qualora egli tenesse la sua concubina nella casa

(1) In forza di tale disposizione non è possibile il divorzio tra due coniugi, dei quali uno era cattolico al momento del matrimonio, e che si sia convertito, al protestantesimo o ad altra confessione religiosa. Un progetto per modificare in questo punto il Codice civile, ammettendo che dovesse essere considerata la religione dei coniugi al momento della domanda di divorzio, fu approvato dalla Camera dei Deputati nel 1876, ma fu respinto da quella dei Signori nel 1877, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1877, p. 210 e *Annuaire*, 1877.

(2) Vedi su tale proposito l'articolo di Lyon Caen nel *Journal de droit international privé*, 1880, pag. 268 e segg.

comune; gli eccessi, le sevizie o ingiurie gravi di un coniuge contro l'altro; la condanna ad una pena infamante. Nel 1816, essendo prevalse nel Parlamento francese le tendenze reazionarie ispirate dai sentimenti politici e da quelli religiosi, tra le riforme apportate alla legislazione vi fu quella che abolì il divorzio con la legge del 6 marzo 1816 (1). In questi ultimi anni i tentativi per ripristinare il divorzio, prima falliti, riuscirono poi a buon termine, e le vive discussioni sulla indissolubilità del matrimonio furono risolute ripristinando il divorzio con la legge del 27 luglio 1884, la quale richiamò in vigore il titolo sul divorzio contenuto nel Codice Napoleone, apportando alle disposizioni di esso diverse modificazioni circa punti secondarii, e quella sostanziale che esclude il divorzio per mutuo consenso come era ammesso dal citato articolo 233 (2).

661. Nell'Impero germanico il divorzio è ammesso in tutti gli Stati. La legge infatti del 6 febbraio 1875, che regola in tutto l'Impero lo stato delle persone, e la celebrazione del matrimonio dispone all'art. 77 nel seguente modo: « Quando secondo il diritto attuale dovrebbe pronunciarsi la definitiva separazione personale, per l'avvenire si pronunzierà il divorzio ». « Se anteriormente alla data del giorno in cui andò in vigore la presente legge sia stata pronunciata la separazione personale, e non abbia nuovamente avuto luogo la riunione dei conjugi separati, ciascuno di essi può, in virtù della sentenza emanata, domandare lo scioglimento del matrimonio seguendo la procedura ordinaria pel divorzio ».

I motivi pei quali si può dar luogo al divorzio sono diversi secondo le legislazioni dei diversi Stati dell'Impero. Secondo il Codice

---

(1) La proposta per l'abolizione fu fatta da M. BONALD. Vedi gli Atti del Parlamento o *Rapport de* Mr DE LAMOIGNON *à la Chambre des Pairs* (Séance du 25 avril 1816) riprodotto nella *France Judiciaire*, t. VIII, p. 274; GLASSON, *Le divorce dans le droit français* (*ivi*, t. XI, p. 361), e l'opera del medesimo: *Le mariage civil et le divorce;* DE BONALD, *Du divorce.*

(2) Vedi il testo della legge e le notizie e le note di M. CHALLAMES nell'*Annuaire de législation comparée*, année 1885 e COSTANT, *Le rétablissement du divorce en France* nella *France Judiciaire*, t. VIII, p. 433-47, 465, 497.

prussiano del 1794 il divorzio può essere domandato per undici motivi. Tra questi sono annoverati il costante diniego del dovere coniugale; l'impotenza totale e non guaribile sopravvenuta dopo il matrimonio; la vita disordinata e prodiga di uno dei coniugi; il cambiamento di religione, ed anche l'avversione invincibile. Quel Codice ammette altresì il divorzio per mutuo consenso quando non vi siano figli.

662. Nella Svizzera, a norma della legge federale sugli atti dello stato civile e sul matrimonio del 24 dicembre 1874, se il divorzio è domandato da ambedue i coniugi il tribunale è tenuto a pronunciarlo, quando dallo stato delle cose risulti che l'ulteriore loro convivenza sia incompatibile con l'essenza del matrimonio (art. 45). Quando poi l'istanza sia promossa da uno dei coniugi, dev'essere pronunciato per causa di adulterio, se non siano trascorsi più di sei mesi dacchè la parte offesa ne acquistò cognizione; per causa di insidie alla vita, di maltrattamenti e d'ingiurie gravi; per causa di condanna a pena infamante; per causa di abbandono doloso, se questo perdura già da due anni, e se un'intimazione giudiziaria di ritornare entro sei mesi sia rimasta senza effetto; per causa di alienazione mentale, se perdura già da tre anni, e se sia dichiarata insanabile (art. 45). Anche quando non esista alcuno dei mentovati motivi il divorzio può essere pronunziato, quando i legami matrimoniali si mostrino profondamente scossi.

Il divorzio è ammesso altresì in tutti gli altri Stati d'Europa, eccettuati soltanto l'Italia, la Spagna ed il Portogallo. In Russia tale materia è regolata dal Codice civile del 31 gennaio 1833, articoli 29 e seguenti. Cotesto Codice inibisce il divorzio per mutuo consenso, art. 38.

663. In Danimarca il Codice civile del 1856 ammette il divorzio per diverse cause, e riconosce pure il divorzio per mutuo consenso tra i coniugi, che abbiano ottenuto prima l'autorizzazione di vivere separati, e che persistano nello stato di separazione per tre anni.

In Olanda il Codice civile del 1856 ammette il divorzio per le stesse cause contemplate dal Codice civile francese, ma non ammette il divorzio per mutuo consenso.

In Norvegia il Codice del 1867 riconosce il divorzio, e stabilisce che può essere pronunciato per le stesse cause, tanto che riguar-

dino il marito quanto la moglie, può quindi esserne un motivo l'adulterio dell'uno o dell'altro. Cotesto Codice ammette che il divorzio può essere pronunciato coll'autorizzazione del re nel caso di mutuo consenso dei coniugi. Questi devono chiedere prima alle autorità civili il permesso di vivere separati; se siano spirati tre anni dal giorno in cui essi ottennero tale permesso, e persistono nella determinazione di fare divorzio, lo scioglimento definitivo del matrimonio deve essere accordato dal re (articoli 66, 67, 68). È degno di essere notato, che quando il divorzio è accordato dal re ciascuno dei coniugi ha poi bisogno di speciale permesso per potere contrarre altro matrimonio.

Per la Svezia il Codice civile del 1734 ammette il divorzio, ma le disposizioni ad esso relative sono diverse da quelle della Norvegia. Il re, come capo supremo della Chiesa luterana, ha il diritto di autorizzare sulla domanda di una parte lo scioglimento del matrimonio per certe cause determinate, e la legge del 27 aprile 1810 enumerò tali cause. Una di queste può essere l'ubbriachezza incorreggibile, e così pure la violenza del carattere e la divergenza di opinioni, che costituisca un'incompatibilità di temperamento, che sia divenuta grave a cagione dell'essersi manifestata in continue occasioni in maniera da stabilire una reciproca avversione. Il divorzio si può ottenere in conseguenza dell'istanza fatta dinanzi al tribunale competente o della richiesta fatta al re come capo supremo della Chiesa dello Stato.

664. In Turchia il vincolo coniugale può essere sciolto col divorzio e col ripudio. Il divorzio può aver luogo pagando alla moglie un compenso, e secondo lo statuto personale, art. 276, il marito può giuridicamente divorziare la moglie pagando ad essa una somma maggiore della dote da lui pagata. Il vincolo coniugale può essere anche sciolto dal marito senza che sia necessario alcun atto giuridico mediante il libello di ripudio definitivo, vale a dire ripetuto per tre volte (art. 278).

665. Nel Belgio il Codice civile riproduce le disposizioni del Codice Napoleone relative al divorzio.

666. In Inghilterra il matrimonio può essere sciolto col divorzio pel motivo dell'adulterio della moglie, e anche per l'adulterio del marito quando però a riguardo di costui si tratti di adulterio incestuoso, vale a dire commesso dal marito con una donna con la quale, a cagione di

impedimento di consanguinità o di affinità, egli non avrebbe potuto contrarre matrimonio, se la moglie di lui fosse morta, o di adulterio congiunto con bigamia, o ratto, o sodomia o vizii bestiali, o adulterio e sevizie verso la moglie, per le quali, anche senza l'adulterio, essa avrebbe avuto diritto alla separazione, *a mensa et toro*, o di adulterio ed abbandono della moglie senza motivo ragionevole per due anni o più (art. 27, Statuto 20-21 Vittoria, capo 85, *Divorce Act*, 1857).

667. Negli Stati Uniti d'America il divorzio è generalmente ammesso, eccettuati soltanto quelli Stati nei quali il matrimonio è retto tuttora dal diritto canonico. Nella legislazione dei diversi Stati americani si trova qualche diversità a riguardo dei motivi pei quali il divorzio può essere pronunciato.

668. Oltre la diversità notabile delle leggi mentovate, rispetto ai motivi pei quali il divorzio può essere pronunciato, una non meno grave è quella che s'incontra nel diritto e nella giurisprudenza dei diversi paesi a riguardo del tribunale competente a pronunziarlo, quando l'istanza sia promossa da un coniuge straniero.

La legge federale svizzera del 1874 dispone nel seguente modo coll'art. 56 a riguardo dell'istanza di divorzio promossa da stranieri: « Quant aux mariages entre étrangers, aucune action en divorce ou en nullité ne peut être admise par les tribunaux, s'il n'est pas établi que l'État, dont les époux sont ressortissants, reconnaîtra le jugement qui sera prononcé ». L'applicazione di tale disposizione ha dato luogo a molte difficoltà. Essendo infatti richiesto che i coniugi debbano presentare una dichiarazione delle autorità dello Stato, cui appartengono a fine di constatare, che la sentenza che dovrebbe essere pronunciata dal tribunale svizzero sarà per essere riconosciuta nel loro paese, cotesta dichiarazione non potendo essere rilasciata prima che la sentenza sia stata pronunciata, si è reso di fatto impossibile di soddisfare la condizione richiesta dal citato articolo (1).

In Inghilterra dopo che fu promulgato lo statuto 20-21 Vittoria,

---

(1) Vedi sul proposito l'importante articolo di Barrilliet, *Du divorce des époux étrangers en Suisse* nel *Journ. du droit intern. privé*, 1880 p. 347 e Leher (*ivi*, p. 464).

capo 85, ***Divorce and matrimonial causes Act*** del 1857, col quale fu attribuita la competenza all'alta Corte di giustizia di pronunciare il divorzio (***Probate and divorce division***), varie discussioni sono state fatte circa alla competenza di cotesta Corte di pronunciare lo scioglimento del matrimonio tra stranieri, ed è stata ritenuta la competenza rispetto a tutti gli stranieri, che avevano la dimora o la residenza matrimoniale (***Matrimonial home or residence***) nella giurisdizione della Corte, benchè domiciliati all'estero. Tale decisione è stata fondata sull'interpretazione dell'art. 27 del citato statuto, il quale così dispone: « È permesso a *ogni marito* di fare dinanzi alla detta Corte l'istanza per lo scioglimento del matrimonio e fondata sull'adulterio commesso dalla moglie dopo la celebrazione del matrimonio; è parimente permesso a *ogni moglie* di fare la domanda per lo scioglimento del matrimonio pei motivi indicati nell'art. 27 ». La Corte inglese ha interpretato la disposizione *ogni marito*, *ogni moglie* nel senso che chiunque, a qualunque paese appartenesse e senza bisogno di essere domiciliato in Inghilterra dovesse ritenersi autorizzato a domandare alla Corte lo scioglimento del matrimonio (1).

In Germania a norma dell'art. 568, § 2° del Codice di procedura civile germanico: « L'istanza per lo scioglimento del matrimonio promossa contro il marito dalla moglie da esso abbandonata, e che sia domiciliata all'estero, può essere promossa dinanzi al tribunale del paese, ove il marito aveva l'ultimo domicilio in Germania, supposto che esso fosse stato cittadino di uno Stato della Germania, al momento in cui avvenne il fatto, pel quale l'istanza sia promossa ».

Negli Stati Uniti d'America prevale generalmente la massima, che ogni persona stabilita nella giurisdizione del tribunale possa fare al medesimo l'istanza per fare divorzio. Secondo le leggi di alcuni Stati è richiesta la residenza per un dato tempo, così secondo quella del Massachusetts è richiesto che l'attore sia quivi stabilito da tre anni. La legge anteriore richiedeva la residenza di cinque anni, e dichiarava

---

(1) Vedi peraltro le lunghe discussioni a tale riguardo nella causa Niboyet c. Niboyet, 16 e 19 luglio, 8 novembre 1878; Law, *Times Report.*, N. S., vol. XXXIX, p. 172 e segg., p. 486 e segg.

non ammissibile l'istanza da parte di una persona che in tale Stato si fosse stabilita per fare divorzio.

669. Non reputiamo opportuno d'esporre in particolare le gravi dispute che sono state fatte dinanzi ai tribunali dei diversi Stati a riguardo della loro competenza a pronunciare il divorzio tra stranieri, notiamo soltanto, che le regole stabilite sono diverse e contraddittorie, e che tale notabile diversità vale a mettere in evidenza quanto sia necessario che tutti gli Stati si mettano d'accordo onde stabilire un diritto comune in questa materia e far cessare uno stato di cose che produce la più grave perturbazione nell'ordinamento della famiglia, che ne soffre, a cagione della grande incertezza ed opposizione di principii circa la competenza dei tribunali, che devono giudicare e decidere le questioni relative allo scioglimento del vincolo coniugale. Per convincersene basta di riassumere le regole opposte e contraddittorie che prevalgono nei diversi paesi.

In alcuni Stati si ammette infatti, che il luogo nel quale sia avvenuta la celebrazione del matrimonio possa valere a determinare la competenza per pronunciarne lo scioglimento. Così si viene ad ammettere una giurisdizione fondata sulle circostanze del contratto stipulato in un dato luogo, come se il matrimonio potesse essere equiparato ad un contratto.

Altrove il domicilio coniugale, quello cioè fissato dal marito all'epoca del matrimonio, si considera decisivo, per determinare la giurisdizione. In altri paesi si ritiene a ciò sufficiente il domicilio attuale dell'attore nel momento, in cui sia da esso fatta l'istanza, e qualche volta neanche questo è reputato necessario, ma si considera invece sufficiente la semplice residenza; e vi sono pure Stati, nei quali, essendo il divorzio considerato come una riparazione dell'offesa ricevuta dal coniuge innocente, si reputa bastevole l'essere stata questa fatta in quel paese, onde attribuire giurisdizione ai tribunali di esso per pronunciare il divorzio in riparazione dell'offesa patita. In altri Stati si ritiene sufficiente, che l'attore sia domiciliato nella giurisdizione del tribunale, a cui faccia l'istanza di divorzio, e non si reputa necessario che l'offesa sulla quale l'istanza sia fondata sia stata ivi commessa. In quei paesi poi, nei quali si ritiene indispensabile il domicilio per attri-

buire la giurisdizione, alcuni ammettono, che essa debba essere attribuita avuto riguardo al domicilio dell'attore, e quindi considerano regolarmente promossa l'istanza da parte della moglie, che abbia acquistato un domicilio diverso da quello del marito; altri, considerando invece che la donna maritata non può avere un domicilio legale separato da quello del marito, non ammettono che la giurisdizione possa dipendere dal domicilio della moglie, se questo non sia il domicilio legale della medesima. Rispetto poi al domicilio del marito vi è pure chi non ammette, che la giurisdizione possa essere attribuita avuto riguardo al domicilio del marito al momento dell'istanza, perchè ritiene che essa debba dipendere dal domicilio del marito al momento della violazione dei doveri coniugali, e quindi considera il posteriore mutamento di domicilio di niun effetto, quanto al modificare i diritti acquisiti nel domicilio del luogo, nel quale la violazione sia stata compiuta.

670. Cotesta notabile diversità, a riguardo delle regole circa la giurisdizione e la competenza del tribunale chiamato a pronunciare il divorzio, produce i più gravi inconvenienti nella pratica, perchè si verifica sovente che lo scioglimento del matrimonio pronunciato da un tribunale, che si sia ritenuto competente a seconda della *lex fori*, è riguardato di nessun effetto nella patria dei coniugi, e altrove, a cagione dell'essere ritenuto ivi mancante di giurisdizione il tribunale, e conseguentemente il secondo matrimonio contratto da chi abbia fatto divorzio è considerato valido in un paese mentre nell'altro, ove si reputa tuttora sussistente il precedente matrimonio, il secondo si ritiene affetto dal vizio sostanziale della bigamia, e sono quindi reputati non legittimi i figli da esso nati (1).

(1) Confr. l'articolo di Ritner, *Observations sur les divorces entre étrangers à propos d'un cas singulier de mariage suisse-hongrois* e l'altro di Weightman, *Du domicile considéré relativement au mariage et au divorce* nel *Journal du droit intern. privé*, 1885, p. 152, 405.

Confr. Laurent, *Droit civ. int.*, t. I et V; Asser, *Droit intern. privé*, n° 54; Wharton, *Conflict of Laws*, § 235 e seg.; Dudley Field, *International Code*, § 674; Féraud Giraud, *De la compétence des tribunaux français pour connaître des contestations entre étrangers* (*Journal du droit intern. privé*, 1880, p. 137).

Ognuno comprende come da tale condizione di cose nascano le più gravi complicazioni tanto di fronte al diritto civile, quanto di fronte al diritto penale, e a chi consideri, che l'ordinamento della famiglia è tra tutte le istituzioni, quella che sotto tanti rispetti interessa il diritto sociale ed il diritto internazionale, chiaro apparisce che, non potendo le legislazioni particolari dei singoli Stati provvedere ad eliminare sì gravi inconvenienti, si rende indispensabile di stabilire d'accordo un diritto comune e circa la competenza dei tribunali, che possono pronunciare il divorzio tra stranieri; e circa la legge secondo la quale essi devono statuire e decidere sull'istanza.

671. Non possiamo discutere a fondo cotesta questione della competenza, e richiamiamo quello che abbiamo già detto innanzi (1). A noi non sembra che la volontaria sottomissione alla giurisdizione straniera possa attribuire competenza al tribunale adito, così come in ogni altro caso d'incompetenza personale a riguardo di stranieri (2). Neanche ci sembra sufficiente la circostanza della celebrazione del matrimonio in un dato luogo per attribuire la competenza; nè quella dell'essere stata in un paese commessa la violazione dei doveri coniugali; nè quella del semplice domicilio o della residenza nel momento in cui sia fatta l'istanza. Riteniamo invece, che in massima la competenza debba essere attribuita con gli stessi criterii coi quali dev'essere determinato lo statuto personale, e quindi ai tribunali della patria, o a quelli del domicilio coniugale, secondo che la cittadinanza o il domicilio si ritiene decisivo per determinare lo statuto personale. Ammettiamo però, che il luogo, nel quale i coniugi erano domiciliati nel momento, in cui l'uno abbia violato i doveri coniugali con offesa dell'altro, possa valere a determinare la competenza. Questa regola trova il suo appoggio sulla natura stessa delle cose, perchè in verità non si può altrove, meglio che nel luogo in cui l'offesa sia stata commessa, accertare le circostanze

---

(1) Vedi il capitolo precedente, § 652.

(2) Il tribunale civile della Senna nella sua sentenza del 20 dicembre 1886 ritenne in massima che il tribunale francese deve reputarsi incompetente per conoscere e decidere una domanda per divorzio tra stranieri quando il convenuto declini la giurisdizione di esso, ma che esso non può supplire alla mancanza di tale eccezione d'ufficio; CLUNET, *Journal*, 1886, p. 710.

di fatto, e statuire circa il rigetto e l'ammissibilità della domanda; evvi inoltre l'evidente necessità della pronta riparazione del disordine avvenuto nei rapporti familiari, e il principio generalmente ammesso di amministrare la giustizia senza ritardo, quando sia il caso di doverlo fare, tanto ai cittadini quanto agli stranieri.

672. Passiamo ora ad esaminare la questione veramente grave e molto dibattuta della legge secondo la quale il giudice investito della causa deve decidere circa l'istanza per fare divorzio. Noi troviamo anche a riguardo di ciò una notabile diversità di opinioni tra gli scrittori e opposizione di principii nelle sentenze rese dai tribunali dei varii Stati. Vi è infatti chi considera la legge del divorzio tra quelle che hanno per loro natura il carattere di legge territoriale; altri, siccome reputano che i rapporti di famiglia debbano essere governati dalla legge del domicilio coniugale, attribuiscono a questa soltanto autorità circa al decidere dello scioglimento del matrimonio celebrato; altri considerando la legge relativa al divorzio come una legge di polizia sostengono che debba essere attribuita autorità a quella imperante nel luogo, ove il coniuge colpevole offese il coniuge innocente. Vi è poi chi opina, che siccome il divorzio produce di per sè stesso la più notabile modificazione di stato personale, così tutto debba dipendere dallo statuto personale, quando si tratti di decidere se il divorzio possa essere ammesso, e per quali motivi possa essere pronunciato.

673. Prima di discutere in massima le diverse teorie reputiamo opportuno di premettere alcuni concetti fondamentali circa la natura ed il carattere della legge sul divorzio.

La legge sul divorzio è una legge di ordine pubblico rispetto alle persone, che devono reputarsi soggette ai precetti del legislatore, perchè questi, ammettendo che in certe circostanze il vincolo coniugale (avuto riguardo ai rapporti di esso col diritto civile) possa essere sciolto col divorzio, s'ispira ai concetti di alta moralità, che devono presiedere all'ordinamento della famiglia, così come esso s'intende secondo le convinzioni morali del popolo.

In ogni sistema di leggi il principio morale posto a sua base ha un elemento relativo, quello cioè che deriva dalle condizioni storiche, nelle quali si trova il popolo, per cui la legge è fatta; e siccome

codeste condizioni sono solamente quelle, che possono decidere della moralità o della immoralità del divorzio rispetto a ciascun paese, così non si può sostenere che il divorzio, considerato in sè stesso, sia assolutamente morale o assolutamente immorale. Il divorzio deve quindi essere reputato non solo lecito, ma conforme ai fini morali della famiglia in quei paesi nei quali esso è permesso dalla legge.

Bisogna però considerare, che siccome nessun legislatore può imporre a tutto il mondo il proprio modo di vedere circa il morale ordinamento della famiglia, e siccome deve riconoscere e rispettare l'autorità delle leggi straniere a riguardo delle persone, che sono soggette all'autorità di esse, così non può assoggettare alla propria legge gli stranieri, ed imporre ai medesimi i suoi precetti imperativi circa il divorzio, a meno che non si arrivi a dimostrare che la legge del divorzio sia una legge di sicurezza pubblica e di polizia generale, lo che, come diremo, non è sostenibile.

674. Da questi principii ne consegue, che il diritto a fare divorzio non può essere considerato come un diritto privato personale dei coniugi, nè può essere riguardato rispetto ad essi come un diritto acquisito in virtù della legge sotto l'impero della quale celebrarono il matrimonio. Alcuni scrittori lo hanno sostenuto, e tra essi si trova Rocco, il quale così si esprime. « Il divorzio non muta solo la condizione e la capacità dei coniugi, ma la loro qualità, perchè riduce i coniugi nello stato di celibi, e risolve il contratto nuziale una volta legittimamente stabilito. Non si può supporre, che gli sposi contraendo avessero voluto riconoscere il principio che la loro capacità a divorziare sarebbe regolata dalla legge del domicilio matrimoniale, il quale può essere soggetto a traslocamento da un luogo ad un altro, e quindi la facoltà di regolare lo scioglimento deve spettare alla legge che regolò *ab initio* la formazione del matrimonio. Non si può in alcuna guisa sostenere che tutto ciò che concerne la validità e legittimità di una convenzione debba essere regolato da una legge, e tutto ciò che si riferisce alla risoluzione, o all'annullamento della stessa, debba essere regolato da altra legge; queste sono due cose correlative, e nella stessa guisa che non si può decidere se un contratto sia o no valido senza tener conto della legge sotto di cui fu formato, così non si può decidere se

possa o non possa risolversi il matrimonio senza riferirsi alla legge sotto della quale i coniugi si obbligarono reciprocamente all'unione coniugale. In una parola il marito col cambiamento del domicilio può avere facoltà di mutare la capacità della moglie, ma non di togliere i diritti legittimamente acquistati. Ora il primo di tali è certamente quello, che non vada a risolversi per forza di leggi straniere quel legame che nel regno era indissolubile fin dall'origine » (1).

Noi sosteniamo invece che il diritto a far divorzio non possa essere reputato un diritto privato dei coniugi, perchè riteniamo che esso sia di natura mista, nel senso che l'istituzione del divorzio, essendo fondata sui sommi principii d'ordine pubblico, forma parte del diritto sociale, che non può essere modificato a volontà dei privati. È perciò che due coniugi, che sotto l'impero della legge vigente all'epoca della loro unione avessero contratto un matrimonio indissolubile, salvo il caso della morte d'uno di essi, non potrebbero accampare di avere contratta un'unione originariamente indissolubile, e sostenere di avere acquisito il diritto di opporsi al divorzio, supposto che la nuova legge lo avesse riconosciuto; come dall'altra parte, coloro che si fossero uniti in matrimonio, vigente la legge del divorzio, non potrebbero allegare di avere acquisito il diritto di fare divorzio tuttochè la nuova legge lo avesse abolito adducendo di avere inteso di contrarre un'unione, che, date certe circostanze, era in loro facoltà di sciogliere. Sì nell'uno che nell'altro caso il diritto di far divorzio o quello di non poterlo fare non potrebbe essere considerato come un diritto delle parti, e come conseguenza del contratto, e retto come tale dalla legge sotto cui il matrimonio fosse stato concluso, essendo che la legge, che permette o proibisce il divorzio, non tenga conto di quello che gli sposi possono intendere di stabilire nell'unirsi, ma s'ispiri soltanto alle ragioni d'interesse pubblico, che giustificano l'ammettere o il proibire il divorzio e quindi obblighi tutti a sottostare ai suoi precetti imperativi, togliendo ai privati la facoltà di derogarvi (2).

---

(1) Rocco, *Diritto civile internazionale*, p. 3, capit. xx.

(2) Vedi la mia opera sulle disposizioni generali delle leggi, Napoli 1886, Capo V, *Dell'autorità della legge nuova sui diritti e doveri nascenti dai*

675. Ammettendo questo concetto non si può peraltro dedurre, che la legge del divorzio debba essere reputata una legge di polizia o una legge penale, così come la ritengono i tribunali americani.

Secondo ci riferisce Vestlake, questo concetto fu accettato dalla Corte Suprema del Massachussetts, la quale così si espresse in proposito. « Le disposizioni che si riferiscono al divorzio appartengono piuttosto al diritto penale che al civile, nè le regole applicabili al contratto delle parti possono valere nello stesso modo a determinare le relazioni personali e i mutui doveri, che da esso derivano, e la condotta che i coniugi devono tenere durante la vita coniugale; le quali cose tutte sono regolate da principii di ordine pubblico e di economia generale, e dalla necessità di conservare i buoni costumi e provvedere alla felicità dei coniugi stessi. Un divorzio, per es., nel caso di pubblico scandalo e turpitudine non è la rivendicazione di un diritto, che segue dal contratto di matrimonio, o la sanzione dello stesso, ma una specie di pena che la società ha posto nelle mani della parte lesa, e che può essere comminata colla sanzione del tribunale competente, come riparazione dell'ingiuria e dell'offesa ricevuta. Se uno dei coniugi mancò ai proprii doveri, il perdurare nell'unione coniugale è intollerabile e vessatorio per la parte innocente, e di cattivo esempio per gli altri. La legge dunque che deve regolare la condotta delle persone maritate, i loro doveri, le conseguenze che derivano dalla violazione degli stessi e i casi in cui la loro relazione può essere annullata, non è quella del luogo in cui il contratto di matrimonio fu stipulato, ma quella del luogo, nel quale i coniugi sono domiciliati, dalla quale sono protetti pei diritti che derivano dall'unione coniugale, e secondo cui devono essere giudicati per la violazione degli stessi » (1).

Non osiamo al certo contestare che il fondamento della legge di divorzio possa essere, come lo è di fatto, l'interesse pubblico, la polizia generale, ma non possiamo ammettere, che coi giusti criterii

---

rapporti e dallo stato di famiglia, § 145. — Confr. MERLIN, *Effet rétroactif*, sect. V, art. 14; *Question de droit*, v° *Divorce*, § 12, art. 4.

(1) *Justice in Barber.*, v. *Root* 10, Mass. 265, citato da WESTLAKE, n° 351 e da STORY, § 229.

si possa arrivare a sostenere, che per la sicurezza pubblica, o per la tutela del buon costume o della polizia di un paese possa essere mai necessario di decretare lo scioglimento del matrimonio tra stranieri col divorzio, quando si siano verificate le condizioni contemplate dalla legge territoriale per pronunziarlo tra coniugi cittadini. Alla sicurezza pubblica, ed al buon costume, può essere necessario di decretare la separazione di fatto di due coniugi stranieri, di provvedere alla sicurezza personale di essi, al mantenimento ed all'educazione dei figli, agli alimenti e via dicendo; ma quanto a dichiarare sciolto il matrimonio, ed autorizzare i coniugi, che hanno fatto divorzio, a celebrarne un altro, applicando in tutto la legge territoriale, questo non ci sembra in nessuna guisa giustificabile.

Il voler attribuire alla legge sul divorzio il carattere di legge penale equivale lo stesso che snaturare il giusto concetto giuridico della istituzione. Così dovrebbe ammettersi, per essere conseguenti, che, una sentenza di divorzio dovesse avere lo stesso carattere d'una sentenza penale, e conseguentemente che la mutazione di stato derivante da codesta sentenza di divorzio non dovesse essere riconosciuta fuori dello Stato, in cui il divorzio fosse stato pronunciato, perchè le sentenze penali, che importano una modificazione della condizione delle persone, non possono avere in principio autorità estraterritoriale.

676. A noi sembra che il divorzio, piuttosto che nelle sue attinenze col diritto penale e con le leggi di polizia applicabili agli stranieri, debba essere considerato invece (avuto riguardo al suo carattere proprio), in rapporto diretto e principale col diritto di famiglia. Esso infatti produce l'effetto immediato di sciogliere il vincolo matrimoniale, e rende liberi i coniugi, che hanno fatto divorzio; esso quindi si riassume in un grave e profondo cangiamento di stato, e, come tale, non può dipendere da altra legge, che da quella, la quale deve avere autorità a regolare lo stato delle persone e della famiglia, e le modificazioni sostanziali, che a riguardo dello stato personale possono essere ammesse.

Noi abbiamo dimostrato, come il matrimonio, i rapporti che derivano dalla famiglia costituita, e le conseguenze del vincolo coniugale a riguardo dello stato delle persone debbano essere retti dallo

statuto personale del marito, che è il capo della famiglia. La circostanza dell'essere una famiglia straniera domiciliata in un paese, come non muta la condizione giuridica delle persone, e la legge alla quale devono essere soggette, per quello che concerne lo stato personale di ciascuna di esse, così non può mutare la loro soggezione alla legge, che deve regolare i rapporti di famiglia, e la sussistenza o lo scioglimento del vincolo coniugale. È naturale quindi l'ammettere, che l'indissolubilità del matrimonio debba dipendere dallo statuto personale dei coniugi. Non vale l'addurre in contrario, che la legge relativa al divorzio sia fondata su principii d'ordine pubblico, imperocchè, senza contraddire questo, bisogni non ostante porre la questione sotto il seguente punto di vista. — Dato e concesso che la legge relativa al divorzio sia fondata su principii d'ordine pubblico, dovrà per questo reputarsi d'interesse pubblico l'applicare la legge territoriale agli stranieri, ed in virtù di questa dichiarare sciolto il matrimonio da essi celebrato, ed indissolubile secondo lo statuto personale della famiglia?

677. Non giova dissimulare che nel risolvere la questione, così come l'abbiamo proposta, gli scrittori e la giurisprudenza siano arrivati a conclusioni diverse ed opposte. La maggioranza di essi attribuisce alla legge sul divorzio il carattere dello statuto reale, e così la pensano gli scrittori tedeschi, ed ecco come ragiona a questo proposito lo Schaeffner. « Non può essere messo in dubbio, egli scrive, che il giudice, innanzi al quale una causa di scioglimento di matrimonio è proposta, debba tener conto unicamente della legge, che impera nel suo paese, del suo *jus publicum*, per decidere in generale se un matrimonio possa essere sciolto, e per quali cause ciò possa avvenire... Se nel luogo, in cui fu contratto il matrimonio fossero sufficienti cause più lievi di quelle necessarie pel diritto del suo paese, egli non può rispettare quella legge. Nè per contrario la circostanza, che secondo quella legge il matrimonio non possa essere sciolto, può avere alcun peso per lui, dappoichè come quel divieto, così quest'obbligo è per lui assoluto » (1).

---

(1) SCHAEFFNER, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, § 124;

La giurisprudenza dei tribunali dell'Impero conferma lo stesso principio, che cioè debba essere applicata la *lex fori*, anche quando le parti tra cui verta la lite siano stranieri, e che non bisogni neanche preoccuparsi di esaminare, se il fatto, sul quale sia fondata l'istanza sia anteriore o posteriore al tempo in cui l'attore si sia trasferito nella giurisdizione del tribunale, ma che debba bastare che la competenza del tribunale possa essere stabilita secondo le norme del Codice di procedura germanico.

Questi principii sono stati applicati, anche a quelli appartenenti ai diversi Stati dell'Impero germanico, i quali hanno legislazioni diverse in materia di divorzio. Il Tribunale regionale superiore ha ognora deciso, che il tribunale investito della causa debba applicare la *lex fori;* e che quindi debba ammettere come cause di divorzio quelle riconosciute nel paese ove l'istanza sia stata fatta (1).

Il Tribunale supremo ha pure ritenuto, che, siccome l'art. 77 della legge dell'Impero del 6 febbraio 1875 interdice ai tribunali alemanni di pronunciare la separazione personale, e concede ad essi soltanto di pronunciare il divorzio, non si potesse pronunciare la separazione personale tra stranieri a cagione dell'essere inibita dalla legge territoriale: e che conseguentemente non debba essere fatta a riguardo di ciò alcuna differenza tra cittadini e stranieri; che il pronunciare la separazione tra questi equivarrebbe a violare manifestamente l'articolo 77 succitato; che la legge straniera non potrebbe essere un ostacolo a ottenere il divorzio; che non osterebbe a pronunciarlo la circostanza del non essere il divorzio riconosciuto a norma della legge personale dei coniugi, perchè l'articolo 2, § 1° della Costituzione dell'Impero dichiara, che si devono considerare senza alcun valore le disposizioni delle leggi particolari, che concernono le questioni di diritto internazionale privato, quando esse sieno in opposizione con le leggi dell'Im-

---

DERNBURG, *Lehrbuch des preussischen privatrechts*, t. III, § 4. Vedi nello stesso senso ASSER, *Droit intern. privé*, § 53 e PRADIER-FODÉRÉ, *Droit intern. public*, t. III; *Relations de droit privé*, § 1740 in fine

(1) Vedi in questo senso le sentenze del Tribunale reg. sup. di Dresda del 1° giugno 1883 e del Trib. reg. sup. di Celle del 19 giugno 1883. CLUNET *Journal du droit intern. privé*, 1884, p. 306, 307.

però, che non fa alcuna differenza a riguardo di ciò tra cittadini e stranieri. Da coteste premesse il tribunale deduceva, che un austriaco cattolico, non solo poteva far pronunciare il divorzio, ma che l'ostacolo fondato sulla legge austriaca non poteva essere una ragione per negare, a chi avesse fatto divorzio, di procedere alla celebrazione del secondo matrimonio in Germania (1).

Bar è tra gli scrittori moderni germanici che contradice questa dottrina, e che opina che la legge sul divorzio abbia il carattere di legge personale, però egli pure sostiene, che in certi casi debba ammettersi la prevalenza della legge territoriale.

678. Nella giurisprudenza francese noi troviamo una causa celebre discussa due volte in Cassazione mentre vigeva il titolo sul divorzio del Codice Napoleone. La signora De La Tour francese, maritata al signor Mac-Mahon irlandese, ottenne una sentenza di divorzio per l'assenza non giustificata del marito. Ritornato questi col grado di maggiore inglese, eccepì contro la sentenza perchè era straniero e non soggetto alle leggi della Francia. La Corte d'Orléans (11 termidoro, anno 13) decise: « Attesochè la donna segua la condizione del marito e sia soggetta alla stessa legge alla quale esso è soggetto; attesochè all'epoca del matrimonio come a quella del divorzio Mac-Mahon fosse straniero; attesochè niuna stipulazione abbia potuto sottrarlo alla sua legge e sottometterlo alla legge francese, il divorzio provocato in conformità delle leggi francesi è nullo e di niun effetto, ecc. ». Al contrario la Cassazione a sezioni riunite, il 22 marzo 1806, udita la dotta requisitoria del Merlin, decretò: « Attesochè il signor Mac-Mahon non possa sottrarsi all'applicazione della legge francese sotto il pretesto che esso sia straniero, imperocchè penetrandosi nello stesso tempo delle considerazioni politiche e morali che hanno dettato questa legge, sia impossibile non riconoscervi una disposizione di ordine pubblico, come l'attesta il parere del Consiglio di Stato: che sotto questo rapporto essa debba essere considerata come una vera legge di polizia generale che assoggetta tutti al suo imperio indistintamente, sia francesi, sia

(1) Vedi in questo senso la sentenza del 22 aprile 1884 del tribunale dell'Impero (Trib. reg. sup. di Dresda); CLUNET, *Journal*, 1885, p. 316.

stranieri residenti nel territorio francese, e che colpisce per conseguenza tutti i divorzi pronunziati innanzi al Codice civile in tutta l'estensione del territorio, perciò la Corte cassa ed annulla la sentenza della Corte di Orléans, ed invia le parti alla Corte di Digione ». Questa con sentenza del 27 agosto 1808 convalidò il divorzio.

679. Nello Stato Unito della Gran Bretagna, essendovi una diversità tra la legge vigente in Scozia, e quella vigente in Inghilterra, gravi controversie sono nate a riguardo dei divorzi pronunziati in Scozia tra persone, le quali si erano unite in matrimonio in Inghilterra. Secondo la legge scozzese la moglie può ottenere il divorzio pel motivo del semplice adulterio del marito, mentre che secondo la legge inglese essa non può ottenerlo, che quando il marito si sia reso colpevole di adulterio accompagnato da insulti gravi verso di lei, da abbandono della medesima per due anni almeno, da bigamia, o quando l'adulterio sia congiunto con l'incesto, o il marito sia convinto di ratto o di reato contro natura.

In conseguenza di tale diversità di legislazioni è nato il dubbio, se un matrimonio originariamente celebrato da un inglese in Inghilterra, e sciolto poi in Scozia pel semplice adulterio del marito, debba essere reputato efficacemente sciolto di fronte al diritto inglese, e se debba essere reputato valido il secondo matrimonio celebrato in Inghilterra dal divorziato. Una delle importanti cause, nella quale tale controversia fu discussa, fu quella di Lolley (1). In quella circostanza sorgeva veramente la questione di giurisdizione, perchè prima della legge del 1857 il matrimonio tra inglesi non poteva essere sciolto che per un atto speciale del Parlamento, mentre che in Scozia la legge attribuiva giurisdizione alle Corti.

La giurisprudenza poi della Corte di divorzio in Scozia avea stabilito come regola, che per legittimare la giurisdizione di codesta Corte non dovea reputarsi necessario che entrambi le parti avessero il domicilio in Scozia, al tempo in cui l'adulterio fosse stato commesso,

---

(1) *Lolley's case*, PIGGOTT, *Foreign judgements their effect in the english courts*, p. 172 e STORY, *Conflict of Laws*, § 216 e segg.

Conf. l'opinione di lord BROUGHAM sostenuta nella causa Lolley in opposizione a quella ritenuta dalla Corte.

e l'azione promossa, ma che dovea bastare che l'attore potesse essere assoggettato alla giurisdizione della Corte, e che si fosse stabilito in Scozia *bona fide*, e non simulatamente e pel solo proposito di promuovere l'azione ed ottenere il divorzio. Stabilito quindi che l'attore poteva essere assoggettato alla giurisdizione della Corte, questa si riteneva competente a pronunciare il divorzio, anche quando l'adulterio era stato commesso all'estero, sia che si fosse trattato di matrimonio contratto da scozzesi in Inghilterra, sia che si fosse trattato di matrimonio ivi contratto da inglesi, i quali avessero stabilita la loro residenza in Scozia.

La Camera dei Lords, Corte suprema d'appello per l'Inghilterra e per la Scozia, riteneva invece in principio, che un matrimonio inglese tra cittadini inglesi non poteva essere sciolto mediante il divorzio pronunciato fuori d'Inghilterra.

680. Dopo la legge del 1857, che ha attribuito alla Corte la giurisdizione pel divorzio anche a riguardo dei matrimonii celebrati in Inghilterra, ogni conflitto non è stato eliminato, perchè sussiste tuttora la controversia, se un divorzio pronunciato in Scozia tra inglesi, per un motivo contemplato dalla legge scozzese e non dall'inglese, debba essere valido in Inghilterra. I giuristi scozzesi ritengono tuttora che debba applicarsi la legge scozzese. Essi infatti sostengono, che la legge territoriale, che determina i doveri reciproci dei coniugi, e la riparazione dovuta per le offese fatte dall'uno all'altro, debba essere applicata a tutte le persone maritate, che risiedono nel territorio, e che per tale motivo sono soggette all'impero della legge, la quale deve avere autorità per punire la lesione dei doveri coniugali, così come l'ha per qualunque delitto commesso nel territorio. La società coniugale, essi dicono, è un'istituzione *jure gentium;* gli sposi unendosi in matrimonio si obbligano a trattarsi dovunque come marito e moglie, ma non promettono nè possono promettere di far prevalere dovunque la legge sotto della quale si uniscono, onde far regolare a norma di essa i loro doveri reciproci, la potestà maritale e le riparazioni, a cui uno può aver diritto in caso di offesa o di abuso di potere da parte dell'altro. L'essere il matrimonio indissolubile, se contratto tra cattolici romani, in virtù del sacramento, non può essere una ragione per non ammettere

il divorzio, perchè la supposta indissolubilità non può impedire l'applicazione uniforme del diritto pubblico territoriale, il quale regola tutti i rapporti tra le persone, che dimorano nel territorio, tenendo conto delle convenienze politiche e della tutela della pubblica autorità; nè ad esso si può rinunciare, come ai benefizi che derivano dal diritto privato. La supposta indissolubilità non può avere alcun valore, nè per volontà delle parti, nè per virtù della legge sotto cui ebbe origine l'unione coniugale. Quello che deriva dalla volontà delle parti dev'essere riconosciuto dovunque, ma non si deve confondere quello che può essere effetto della volontà con quello, che non deriva dalla stipulazione, ma che invece è effetto dell'istituzione secondo il diritto positivo. Questo non può valere fuori del territorio, per la nota massima *extra territorium jus dicenti impune non paretur.*

Queste sono le principali ragioni con le quali dotti e sapienti magistrati scozzesi difendono la dottrina mantenuta in Scozia in materia di divorzio (1).

681. In Inghilterra la dottrina prevalsa, dopo che fu promulgata la legge del 1857, è, che il divorzio pronunciato fuori di tale Stato a riguardo di matrimonio, che in esso abbia avuto luogo, può essere valido, quando sia stato pronunciato per un motivo ammesso dalla legge del domicilio del marito, e purchè le parti non si sieno fraudolentemente assoggettate alla giurisdizione straniera. Questa fu l'opinione manifestata dal giudice della Corte dei divorzi lord Penzance nella causa Shaw v. the Attorney-General (2) decisa nel 1870, e confermata dal giudice Hannen nella causa Harvey decisa il 22 aprile 1880 (3).

La nuova giurisprudenza tende quindi ad ammettere, che lo scioglimento del matrimonio col divorzio debba essere retto a seconda della legge del domicilio coniugale. Bisogna peraltro osservare, che secondo la dottrina prevalente in Inghilterra la legge regolatrice dei

(1) FERGUSSAN, *On mariage and divorce*, p. 359 e segg. Conf. PIGGOTT, *Foreign judgements their effect in the english courts.*
(2) Vedi PIGGOTT cit., pag. 173.
(3) 5 *Prob.*, *Div.*, 153.

rapporti di famiglia è reputata dover essere quella del domicilio del marito al momento del matrimonio; laonde la più recente giurisprudenza ammette in principio che l'indissolubilità del matrimonio o lo scioglimento di esso col divorzio debba dipendere dallo statuto personale (1).

Questo stesso principio era stato veramente sostenuto nella famosa causa Niboyet c. Niboyet, francese, contro cui la moglie aveva promosso istanza di divorzio dinanzi alla suprema Corte inglese di giustizia. Tra le opinioni sostenute dai giudici inglesi a riguardo dell'applicabilità della legge inglese ad una famiglia francese soggetta alla giurisdizione della Corte si trova quella sostenuta dal giudice Brett, il quale fondandosi sull'autorità di Bishop escludeva l'applicazione della legge territoriale, sostenendo che i rapporti che derivano dal matrimonio devono dipendere dalla legge del domicilio (2).

682. In America prevale il principio, che secondo la legge del domicilio attuale dei coniugi si deve decidere se possa essere autorizzato il divorzio. Secondo gli statuti del Massachusetts, purchè le parti vivano da tre anni in un paese come marito e moglie, ed ivi la causa su cui si fonda la domanda di divorzio siasi verificata, può essere decretato il divorzio secondo le leggi vigenti in quel paese (3). Conformi a questi principii sono le decisioni della suprema Corte del Massachusetts. Due individui ivi maritati e domiciliati *bona fide* nel Vermont ottennero dalla Corte di questo Stato una sentenza di divorzio per una causa non sufficiente secondo la legge del Massachusetts. La suprema Corte confermò la sentenza per la ragione che il divorzio doveva essere regolato dalla legge dell'attuale domicilio dei coniugi (4).

---

(1) Confr. la sentenza della Corte dei Lords del 30 novembre 1882 nel *Journal du droit privé*, 1884, p. 193.

(2) Vedi le opinioni sostenute dai giudici inglesi nella causa discussa il 16 e 19 luglio ed 8 novembre 1878 nel Law, *Times Report* N. S., vol. XXIX, p. 172 e segg., 486 e segg., e nel *Journal du droit intern. privé*, 1879 pag. 195.

(3) *Statutes of Massachusetts*, 1835, ch. LXXVI, §§ 9, 10.

(4) Barber, v. *Root*, n° 10; Mass., R. 265; Story, § 229.

Le decisioni dei tribunali di New-York sono conformi a quelle del Massachusetts, e, secondo riferisce il giureconsulto americano Story (1), la dottrina generalmente accettata in America si è quella che i tribunali del luogo, in cui i coniugi sono domiciliati *bona fide*, sono competenti a decretare un divorzio conformandosi alla loro legge, e senza tener conto di quella sotto cui abbia avuto origine il matrimonio, o del luogo in cui si sia verificata l'offesa per la quale sia stata intentata l'azione. Le principali ragioni addotte a sostegno di tale dottrina sono, che la legge del luogo in cui seguì il matrimonio, regola le obbligazioni primitive che dall'unione derivano, ma non la dissolubilità o indissolubilità del contratto dovunque. Come dichiarando il matrimonio dissolubile non si può imporre agli altri Stati di riconoscerne la dissolubilità, così dichiarandolo indissolubile, ciò può valere finchè le parti sono soggette alla legge che stabilisce l'indissolubilità. È certo che il cambiamento di domicilio è una delle cose che le parti possono prevedere, e di cui la moglie acconsente a correr i rischi. Sarà la legge civile quella che deve regolare il cambiamento di domicilio e tutte le sue conseguenze, ma mutato il domicilio, i rimedi alle violazioni del contratto matrimoniale devono essere regolati dalla nuova legge (2).

683. Non ostante tanta autorità di dottrina e di giurisprudenza con tanti argomenti propugnata dai magistrati e dai giuristi di quei paesi, nei quali è autorizzato il divorzio, noi non sappiamo fare di meglio, che riconfermare l'opinione già precedentemente sostenuta nella prima edizione della presente opera, che cioè la sussistenza o lo scioglimento del vincolo matrimoniale deve dipendere dallo statuto personale della famiglia; e conseguentemente che il divorzio non può essere pronunciato, se non quando sia ammesso secondo la legge personale e per i motivi da essa contemplati. Se si volesse elevare a teoria, che lo scioglimento del vincolo coniugale potesse essere pronunciato tenendo conto della *lex fori*, sempre che la sottomissione delle parti alla giurisdizione del tribunale potesse essere giustificata, questo equivarrebbe

(1) § 230 (*a*).

(2) Vedi WHARTON, *Conflict of Laws*, § 223 e segg.

a sovvertire i principii, che debbono regolare l'ordinamento della famiglia, e quelli coi quali si deve stabilire la preminenza della competenza legislativa a tale riguardo. Si ha ragione di dire che la dottrina sanzionata dai tribunali scozzesi, e da quelli degli Stati dell'America, è un incentivo a tutti coloro, che secondo lo statuto della famiglia non possono vedere sciolto il loro vincolo coniugale, di fissare la loro residenza in Scozia, per ottenere lo scioglimento del matrimonio ed acquistare la libertà di contrarne un altro. E se inoltre si consideri che secondo la giurisprudenza di alcuni Stati non è neanche necessario che il fatto, su cui sia fondata l'istanza, sia avvenuto nel luogo, dove si intenta il giudizio, e che secondo le leggi di certi Stati si può ottenere il divorzio per ragioni non al certo gravi, come accade secondo il Codice prussiano, si comprenderà meglio, come la teoria, che sostiene la prevalenza della *lex fori*, tenda a sovvertire i rapporti tra i cittadini e la propria legge, alla quale devono rimanere dovunque soggetti, e a sconvolgere i principii, che devono regolare la più sacra delle istituzioni, quella cioè della famiglia.

684. Noi possiamo ammettere, che sotto un certo rispetto possa essere applicata la legge territoriale, ed abbiamo già più volte ripetuto, che il tribunale locale può decretare tutti quei provvedimenti, che secondo la legge territoriale sono ammessi. Noi potremmo pure concedere, che, se una famiglia italiana, ad es., fosse stabilita in Inghilterra, e soggetta alla giurisdizione della Corte, supposto che quivi si fosse verificato l'adulterio del marito o della moglie, il magistrato inglese in seguito all'istanza dell'uno o dell'altra potesse sentenziare la separazione *a mensa et toro*. Il tribunale potrà inoltre applicare la legge inglese, onde assicurare alla moglie in caso di adulterio del marito, una rendita annua, e quello che il marito le deve pagare a titolo di alimenti od altro. Così pure potrà stabilire quello che dovrà essere pagato al marito a titolo di rifacimento dei danni causato dall'adulterio della moglie a carico di essa e del suo complice, provvedere eziandio alla custodia e al mantenimento dei figli: ma siccome la legge nostra nell'attualità non ammette, che il matrimonio possa essere sciolto altrimenti che colla morte di uno dei coniugi, il tribunale inglese commetterebbe, a nostro modo di vedere, un eccesso di potere

applicando la propria legge a fine di dichiarare sciolto il matrimonio rispetto ad una famiglia italiana. Si può concedere che il magistrato di un paese si possa attenere alla sua legge, onde decidere circa la propria giurisdizione a giudicare una data causa e nel decretare i provvedimenti di polizia e le indennità, ma non si può parimente concedere, che esso possa applicare agli stranieri la legge fatta per i cittadini, decidendo a norma della legge territoriale una questione di stato fra di essi.

Siamo lieti che altri giuristi con la loro grande autorità hanno dato un valutabile appoggio alla teoria da noi sostenuta, e tra essi dobbiamo ricordare il Laurent (1).

685. La soluzione quindi della questione da noi proposta, volendo rispettare i principii del diritto moderno, che tende a stabilire l'autorità dello statuto personale rispetto alle persone, ovunque esse si rechino, non può essere che una sola, che cioè lo scioglimento del matrimonio per divorzio debba dipendere interamente dallo statuto personale della famiglia, il quale nel nostro sistema dev'essere determinato avuto riguardo alla cittadinanza del marito, o che può dipendere nell'altro sistema dal domicilio coniugale.

686. Vedremo in seguito come il diritto a fare divorzio secondo lo statuto personale possa essere limitato a norma della legge territoriale, che inibisca il divorzio. Ora vogliamo esaminare una teoria posta innanzi dalla Corte di Bruxelles in una sentenza di recente pronunciata. Cotesta Corte ritenne, che quando secondo lo statuto personale sia stabilito che le cause di divorzio debbano essere risolute in conformità della legge del domicilio dei coniugi al momento in cui sia stata fatta l'istanza, il tribunale del domicilio investito della causa può decidere la lite applicando la legge territoriale essendo l'applicazione di questa conforme allo statuto personale (2). In conseguenza di cotesto

(1) Laurent. *Droit civil international*, t. II, § 125; Asser, *Droit international privé*, § 53, segue in questo l'opinione della maggioranza che sostiene la preferenza della *lex fori*.

(2) 14 mai 1881 (Bigwood c. Bigwood); *Journal du Palais*, 2me partie pag. 68.

principio la menzionata Corte ritenne, che a due coniugi inglesi domiciliati nel Belgio dovea essere applicata la legge belga e non quella inglese per decidere circa l'istanza di divorzio promossa, e che l'azione poteva quindi essere fondata su di un motivo contemplato dalla legge belga, e non da quella inglese; come sarebbe ad esempio il semplice adulterio del marito, che secondo la legge inglese non è di per sè stesso un motivo sufficiente a fare divorzio, ma lo è soltanto quando sia accompagnato da altre circostanze che costituiscano un'ingiuria grave per la moglie (1).

La teoria sanzionata in principio dalla Corte solleva un grave dubbio nel sistema che abbiamo sostenuto, il quale ammette che le controversie che concernono lo stato delle persone e i rapporti di famiglia debbano essere risolute in conformità della legge personale di queste. Stabilita infatti la regola, parrebbe che da essa medesima ne dovesse conseguire, che, qualora a norma della legge di uno Stato, di cui lo straniero sia cittadino, fosse disposto, che lo stato personale degli stranieri dovesse essere governato dalla legge del domicilio dei medesimi, l'applicare ad un cittadino di tale paese domiciliato all'estero la legge territoriale dovrebbe reputarsi conforme allo statuto personale di lui.

Abbiamo già discussa innanzi tale controversia sotto il punto di vista generale. Avendo dimostrato come la condizione giuridica di ciascuna persona, e i diritti che ad essa spettano, devono essere determinati a seconda della legge dello Stato a cui essa appartiene per cittadinanza, bisogna poi ammettere conseguentemente, che nello stesso sistema da noi propugnato, alcuni diritti possono dipendere dal domicilio della persona, nell'ipotesi cioè che secondo la legge personale della medesima fosse *espressamente* disposto, che essi dovessero essere governati dalla legge del domicilio (2).

Così avviene per quello che concerne il matrimonio e i rapporti di famiglia. A norma di certe legislazioni la legge regolatrice della famiglia, che viene ad essere costituita col matrimonio, è reputata

(1) Vedi innanzi, § 666.
(2) Vedi *Parte generale*, Capitolo I.

essere quella del domicilio coniugale. Ora supposto che, a norma della legge dello Stato, di cui è cittadino il marito, sia espressamente disposto, che i rapporti di famiglia debbano essere retti dalla legge del domicilio coniugale, non si potrebbe fare a meno di attribuire ad essa autorità, e di applicare la legge del domicilio coniugale onde decidere le controversie tra coniugi di quel paese, e relative allo stato di famiglia, tuttochè, secondo la legge dello Stato, ove pendesse la lite, fosse indicata la legge nazionale dello straniero come regolatrice dei rapporti di famiglia.

Non vale addurre in contrario, che non potendo i tribunali di ciascun paese fare altrimenti, che attenersi ai precetti del patrio legislatore, essi debbano ognora considerare la legge nazionale di ciascuno, come quella che deve costituire rispetto ad esso lo statuto personale di lui, supposto che il legislatore (così come ha fatto il legislatore italiano) abbia sancita la regola, che lo statuto personale deve dipendere dalla cittadinanza. Giova infatti considerare, che, siccome si discute tuttora nella dottrina rispetto al criterio da cui deve dipendere la determinazione dello statuto personale della famiglia, e gli uni opinano che debba dipendere dalla cittadinanza, gli altri dal domicilio coniugale, così deve ammettersi, che spetta a ciascun legislatore di stabilire se debba essere data la preferenza all'uno o all'altro dei due sistemi, e quello, che ciascuna legge a tale riguardo dispone, deve reputarsi imperativo rispetto alle persone soggette all'autorità del legislatore.

Dalle quali cose ne consegue, che dall'avere ad esempio il legislatore italiano sancito che la legge regolatrice dei rapporti di famiglia debba essere quella dello Stato, di cui è cittadino il marito, anche se esso stabilisca la sua residenza o il domicilio all'estero, si può dedurre, che i tribunali italiani devono indubbiamente tener presente la regola sancita dal patrio legislatore, ogni qual volta che siano chiamati a decidere una controversia che concerna i rapporti di una famiglia italiana domiciliata all'estero. Si può pure concedere inoltre, che essi debbano tener presente la stessa regola giuridica, se sieno chiamati a decidere una controversia relativa ai rapporti di una famiglia straniera appartenente ad uno Stato, la di cui legge non abbia sancita alcuna regola a riguardo dello statuto personale della famiglia.

Non si può dire lo stesso nell'ipotesi, che un tribunale italiano sia chiamato a decidere una controversia circa i rapporti di una famiglia straniera, appartenente ad uno Stato, la di cui legge sancisca, che la legge regolatrice dei rapporti di famiglia debba essere quella del domicilio coniugale, perchè dovendosi reputare doveroso per i magistrati italiani il rispettare lo statuto personale dello straniero, deve ritenersi obbligatorio per essi di applicare la legge del domicilio coniugale alle famiglie appartenenti ad uno Stato, il legislatore del quale abbia designato espressamente tale legge come regolatrice dei rapporti di famiglia.

Dalle quali cose discende, che accettandosi pure il concetto che abbiamo sostenuto, che cioè la questione dello scioglimento del matrimonio debba essere risoluta in conformità dello statuto personale, deve poi ammettersi, che lo statuto personale della famiglia può essere effettivamente o la legge nazionale, nel sistema di legislazione positiva che assoggetta a cotesta legge i cittadini anche residenti e domiciliati all'estero, o quella del domicilio coniugale, nel sistema, che assoggetta i rapporti coniugali e i diritti di famiglia alla legge del domicilio stabilito dal marito al momento del matrimonio. Da questi principii non si deve per altro dedurre, che qualora la giurisprudenza dei tribunali di uno Stato, considerando la legge del divorzio come una legge di polizia, l'avesse ritenuta applicabile a tutti coloro che fossero residenti o domiciliati nello Stato al momento, in cui fosse stata fatta l'istanza, si potesse elevare tale massima stabilita dalla giurisprudenza ad una regola di diritto positivo ed attribuire ad essa l'autorità dello statuto personale.

687. Abbiamo più volte notato, che i principii stabiliti dalla giurisprudenza, a riguardo dell'autorità delle leggi dello Stato rispetto agli stranieri, non possono avere l'istessa forza che le leggi sancite dal legislatore. Conseguentemente, supposto che i magistrati di un paese avessero costantemente ritenuto che alla legge del divorzio dovesse essere attribuito il carattere di legge di polizia, e che dovesse quindi essere applicata ai cittadini ed agli stranieri, non si potrebbe da ciò dedurre, che i cittadini di quel paese dovessero parimenti essere assoggettati alle leggi vigenti sul divorzio nei paesi stranieri, a cagione

dal doversi reputare formar parte dello statuto personale dei medesimi la massima che la legge del divorzio è una legge di polizia. Questo equivarrebbe in vero a convertire una massima giudiziaria in precetto legislativo.

Vogliamo inoltre soggiungere, che dato pure il caso di un legislatore, che con espressa disposizione avesse sancito che la legge del divorzio dovesse essere reputata una legge di polizia, e come tale applicabile anche agli stranieri domiciliati o residenti nello Stato, cotesta disposizione non potrebbe esercitare la sua influenza all'estero, nel senso d'influire, nel giudizio relativo al divorzio pendente dinanzi al tribunale straniero, e di autorizzare questi ad applicare la legge territoriale ai cittadini di quel paese, fondandosi sulla considerazione che il ritenere la legge sul divorzio come una legge di polizia sarebbe conforme allo statuto personale dei medesimi.

Non si può infatti ammettere, che un legislatore, attribuendo ad una data legge il carattere di legge di polizia, abbia potuto mai intendere, che lo stesso carattere dovesse essere attribuito alle leggi simili emanate da altre legislature. È al certo secondo il diritto territoriale, che si deve decidere, quali sieno, e quali non sieno leggi di polizia, però il carattere della legge può influire a renderla o no applicabile a tutti coloro, che dimorino in ciascun paese, ma senza modificare le regole generali circa lo statuto personale sul territorio soggetto ad altra sovranità. Conseguentemente, qualora nel paese ove l'istanza di divorzio sia stata promossa, con migliori e più savi criteri la legge sul divorzio non fosse reputata una legge di polizia, ma fosse ritenuto invece che lo scioglimento del matrimonio dovesse dipendere in tutto dallo statuto personale dei coniugi stranieri, non si potrebbe, se essi fossero cittadini di un paese ove la legge del divorzio fosse qualificata legge di polizia, applicare la legge territoriale, adducendo di essere ciò conforme al loro statuto personale.

Nella causa decisa dalla Corte di Bruxelles troviamo che, mentre si trattava di una famiglia inglese domiciliata nel Belgio, e l'istanza di divorzio era fondata su di un motivo ammesso secondo la legge belga ma non secondo la legge inglese, la Corte accolse non di meno l'istanza per la considerazione, che secondo la giurisprudenza inglese

le controversie in materia di divorzio devono essere risolute a norma della legge del domicilio al momento in cui si esercita l'azione.

Ora, se secondo il diritto vigente nel Belgio le cause che concernono lo scioglimento o l'indissolubilità del matrimonio tra stranieri devono essere decise in conformità dello statuto personale. Dato pure che i tribunali inglesi attribuissero alla legge del divorzio l'autorità dello statuto reale rispetto all'Inghilterra, poteva ciò essere una ragione per attribuire la stessa autorità alla legge belga, mentre a norma del diritto vigente nel Belgio lo scioglimento o l'indissolubilità del matrimonio dello straniero dev'essere governato dallo statuto personale del medesimo? L'avere i tribunali inglesi qualificata la legge del divorzio una legge di polizia costituiva forse uno statuto personale? La massima stabilita dalla giurisprudenza poteva essere opportunamente invocata nel Belgio a fine di attribuire alla legge belga sul divorzio il carattere di legge di polizia nel senso di renderla applicabile agli stranieri residenti, o domiciliati nel Belgio? Noi non possiamo ammetterlo per le ragioni dianzi esposte, e riteniamo che la Corte abbia fatta indebita applicazione dei principii vigenti nel Belgio a riguardo dello statuto personale degli stranieri (1).

688. Ora dobbiamo esaminare, se dal principio da noi posto, che cioè il divorzio debba essere retto dallo statuto personale, se ne possa dedurre che lo straniero abbia il diritto d'invocare questo a fine di far pronunciare il divorzio in un paese, dove esso non sia riconosciuto dalla legge. Cotesta questione è stata vivamente dibattuta in Italia nella causa dei coniugi Von Bremen, la quale fu decisa dalla Corte d'Ancona con la sentenza del 22 marzo 1884 (2). Si trattava di un cittadino di Oltemburgo residente in Ancona per ragione di commercio, il quale si era unito in matrimonio con un'italiana. In seguito dell'abbandono per parte della moglie, la quale erasi recata in America, il Bremen fece istanza dinanzi ai tribunali italiani per fare pronun-

(1) Vedi la nota di LAURENT alla sentenza della Corte di Bruxelles, luogo citato.

(2) Vedi il testo della sentenza nel *Monitore dei Tribunali*, 1884, p. 367 e *Giurispr. Italiana*, 1884, Parte II, 247.

ziare il divorzio a norma della sua legge personale. Il Tribunale ritenne la propria competenza per giudicare l'istanza, ma respinse la domanda principale relativa al divorzio; la Corte invece, considerando che il divorzio non si può reputare assolutamente contrario all'ordine pubblico ed al buon costume, rispetto a coloro cui sia consentito dalla legge, e che secondo il Codice civile italiano i rapporti di famiglia devono essere governati dalla legge personale, decise, che, siccome lo straniero, che avesse ottenuto il divorzio nella sua patria, dovrebbe essere ammesso a celebrare il secondo matrimonio in Italia, così dovrebbe essere riconosciuto il suo diritto di domandare al tribunale di pronunciare il divorzio a norma del suo statuto personale. Tale sentenza fece nascere gravi dispute tra i giuristi italiani, i quali combatterono in diverso senso la dottrina sancita dalla Corte. La maggioranza sostenne la teoria contraria, che cioè nello stato attuale della legislazione nostra i tribunali italiani non possono pronunciare il divorzio tra stranieri applicando la legge personale dei medesimi (1).

Questa è pure l'opinione che precedentemente noi stessi avevamo sostenuta (2) e che ora dobbiamo riaffermare, purchè la riteniamo preferibile. L'opinione contraria trova per altro valido sostegno nell'autorità di Laurent (3) e di Troplong, il quale in una requisitoria da esso pronunciata come avvocato generale presso la Corte di Nancy, sostenne, che una donna inglese poteva domandare al Tribunale francese (mentre vigeva la legge che inibiva il divorzio) di pronunciare il divorzio, supposto che il Tribunale fosse competente (4). Anche Merlin ha sostenuto un'opinione analoga (5).

I contrari hanno trovato a sostegno principale della loro opinione l'addurre, che il divorzio non può ritenersi assolutamente contro

---

(1) Vedi la nota di Fusinato nella *Giurispr. Italiana* citata e quella di Filomusi-Guelfi alla sentenza medesima riportata nel *Foro Italiano*, anno 1884, p. 574; Bianchi, *Archivio Giuridico*, vol. X, pag. 478.

(2) Vedi § 121 della prima edizione della presente opera, anno 1869.

(3) Laurent, *Droit civ. intern.*, t. V, § 132.

(4) La requisitoria di Troplong è citata da Dupin (Dalloz, *Jurisprudence générale*, 1860, P. I, p. 59).

(5) *Répertoire*, vº *Divorce*, sect. IV, § 10.

'ordine morale e contro il diritto della famiglia, lo che a noi non pare contestabile. Lo abbiamo già detto, che il divorzio non si può considerare assolutamente lecito o illecito, morale o immorale, ma che deve in vece essere reputato conforme all'ordinamento della famiglia in quei paesi, nei quali esso è permesso dalla legge. Da questo concetto deriva per altro che l'istituzione del divorzio non si può considerare contro l'ordine giuridico, così come la schiavitù, la morte civile, il matrimonio poligamico, e via dicendo. Conseguentemente non deve reputarsi contro l'ordine pubblico di un paese, la di cui legge inibisca il divorzio, il concedere al coniuge legalmente divorziato secondo la propria legge di celebrare il secondo matrimonio. Non può infatti reputarsi contro l'ordine pubblico il riconoscere le conseguenze legali di un fatto legale compito sotto l'impero di una legge straniera. Ma si può dire lo stesso nell'ipotesi che l'istanza tenda principalmente a fare pronunciare il divorzio? A noi sembra, che in questo caso la questione debba essere esaminata sotto un altro punto di vista; se cioè, nell'ipotesi che una data legge non riconosca un istituto giuridico, possa essere lecito ad uno straniero d'invocare la propria legge personale a fine di dar vita ed esistenza all'istituto giuridico inibito dalla legge territoriale.

Noi sosteniamo la negativa, perchè, ammettendo pure che ciascuna sovranità debba reputarsi autonoma ed indipendente circa al creare e ad abolire certi istituti giuridici, e ammettendo inoltre, che le conseguenze legali delle relazioni giuridiche derivanti dalle istituzioni, secondo la legge personale di ciascuno, debbano essere ammesse, anche dove quelle istituzioni non sieno riconosciute, non possiamo parimente ammettere, che una legge estera possa essere invocata utilmente a fine di dar vita ed esistenza in uno Stato estero all'istituzione ivi inibita, perchè questo reputiamo contro gl'interessi generali ed i diritti della sovranità territoriale.

689. Lo straniero, che promuova l'istanza per fare pronunciare il divorzio in Italia, tende ad ottenere dai tribunali italiani, che con la loro sentenza diano vita ad un'istituzione, che nell'attualità non è ammessa dalla legge italiana, e che è reputata contro le esigenze sociali. Ora a noi sembra, che questo non possa essergli concesso, perchè ne

sarebbero offesi i diritti della sovranità territoriale, a cui spetta l'assoluto ed esclusivo potere sul territorio soggetto al suo impero nel determinare quali istituzioni possono aver vita, e quali debbano reputarsi inibite. La lesione dell'ordine pubblico e quella del diritto sociale non deriverebbero al certo dal riconoscere le conseguenze legali del divorzio debitamente pronunciato all'estero, perchè si tratterebbe di un fatto giuridico posto in essere e compiuto sotto il dominio di una sovranità estera, ma ci pare, che la lesione deriverebbe dall'invocare per esempio in Italia la legge straniera a fine di dar vita nel nostro paese al fatto giuridico, ed all'istituzione giuridica, che nell'attuale stato di legislazione sono inibiti dalla legge italiana.

L'argomento addotto dai contrari, che cioè accettando questo concetto si possa verificare il grave pregiudizio di non potere l'attore trovare in certi casi la giurisdizione competente a pronunziare il divorzio (supposto che egli non avesse altro domicilio che nel paese ove fosse inibito) non ci sembra decisivo, perchè si dovrebbe innanzi tutto riconoscere la giurisdizione del magistrato della patria di ciascuno a riguardo delle questioni di stato personale e dei rapporti di famiglia, e, se si volesse poi reputare decisivo il domicilio, non potrebbe mancare quella del domicilio d'origine.

La regola generale da noi posta, che cioè il divorzio debba essere governato dallo statuto personale di ciascuno, bisogna quindi intenderla nel senso, che quando l'istituzione sia ammessa dalla legge territoriale, e la giurisdizione dei tribunali non possa essere esclusa, il tribunale investito della causa deve decidere circa la domanda applicando la legge personale di ciascuno, e quindi pronunciare il divorzio nei casi, e pei motivi da essa enumerati, anche quando le disposizioni relative al divorzio secondo codesta legge siano diverse da quelle sancite dalla legge territoriale.

Passiamo ora ad esaminare alcune delle controversie che possono sorgere nel giudizio di divorzio.

690. Notiamo innanzi tutto, che siccome la legge del divorzio deve essere reputata legge di ordine pubblico rispetto alle persone soggette alla sua autorità, così il magistrato investito della causa non può fare a meno di riguardarla come tale, e quindi non deve tener conto

di qualsisia convenzione fatta dai coniugi a fine di derogare ad essa. Con ragione quindi la Corte d'appello della Pensilvania nella causa Kilborm c. Field (1) ritenne di nessun valore un accordo intervenuto tra i coniugi, col quale uno di essi si era obbligato a pagare all'altro una data somma, perchè rinunciasse all'istanza di divorzio.

691. Qualora durante il matrimonio il marito avesse ottenuta la naturalizzazione all'estero può sorgere il dubbio, se l'istanza di divorzio possa essere promossa in conformità della legge della nuova patria di elezione, e se possa essere fondata su fatti anteriori alla naturalizzazione.

Nell'ipotesi che la naturalizzazione del marito avesse dato luogo alla naturalizzazione della moglie, non si può dubitare, che, se fosse il caso di considerare violato rispetto ad entrambi lo statuto dei rapporti di famiglia, tanto l'uno che l'altro possa invocare l'applicazione della legge della nuova patria di elezione, la quale rispetto ad essi coniugi dev'essere riguardata come una legge nuova.

Per quello poi che concerne il diritto di fondare l'istanza su fatti anteriori alla naturalizzazione, giova osservare, che, siccome il diritto di divorziare non si può considerare come un diritto privato delle parti derivante dal contratto, e siccome, quando sia promulgata in uno Stato una legge nuova che ammetta il divorzio, essa deve essere applicata anche nel caso che si tratti di fatti anteriori al cominciato vigore della nuova legge (sempre per la ragione che non si può ammettere, che il diritto a divorziare o a non divorziare possa costituire un diritto privato acquisito, onde limitare l'autorità della legge nuova), così, dovendosi considerare la legge dello Stato, ove i coniugi furono naturalizzati, come una legge nuova a loro riguardo, il dubbio proposto deve essere risoluto cogli stessi principii.

L'opinione contraria può essere sostenuta nel sistema che attribuisce alla legge sul divorzio il carattere di legge di polizia, perchè ammettendo cotesto concetto si può con ragione addurre, che siccome quello, che giustificherebbe principalmente l'applicazione della legge sul divorzio agli stranieri, sarebbe la necessità di conservare la mo-

(1) Albany Law, *Journal*, p. 15.

ralità della famiglia, e l'impedire lo scandalo e cattivo esempio, questa necessità non potrebbe sorgere, nell'ipotesi che il fatto fosse avvenuto in epoca anteriore della naturalizzazione, ed in territorio straniero.

Una difficoltà molto più grave si è quella che può nascere nel caso, che durante il matrimonio il marito abbia acquistata la naturalizzazione all'estero in uno Stato, la legge del quale ammetta il divorzio, e che la moglie di lui abbia conservata la cittadinanza acquistata col matrimonio, e che secondo la legge dello Stato di cui costei sia cittadina, il divorzio non venga permesso. Qualora il marito di lei volesse invocare la legge della patria elettiva per promuovere il divorzio, potrebbe sorgere il dubbio, se la donna potesse opporre l'applicazione dell'originario statuto personale della famiglia a fine di respingere l'istanza, e così pure nel caso che la domanda fosse fondata su di una causa contemplata dalla legge della patria elettiva del marito, e non già da quella della moglie di lui, supposto che entrambi consentissero al divorzio.

In massima noi ammettiamo, che nell'ipotesi fatta la naturalizzazione potrebbe rendere applicabile la legge sul divorzio, quando la domanda fosse fondata su fatti posteriori alla naturalizzazione, e non già quando codesta domanda fosse fondata su fatti anteriori alla naturalizzazione.

La ragione di tale opinione la troviamo in questo, che, dato il supposto che la naturalizzazione del marito non avesse prodotto il mutamento di cittadinanza per parte della moglie, la legge regolatrice dei rapporti di famiglia, pel tempo anteriore alla naturalizzazione, dovrebbe essere quella alla quale entrambi i coniugi erano soggetti; e d'altra parte il marito non avrebbe potuto col fatto suo modificare la condizione giuridica derivata dal vincolo coniugale assoggettando la moglie alle disposizioni della legge della patria di elezione, anche a riguardo dei fatti anteriori alla naturalizzazione, tuttochè la moglie avesse continuato a conservare la cittadinanza acquisita col matrimonio.

La cosa andrebbe diversamente, se si trattasse di fatti posteriori alla naturalizzazione. Dato pure infatti che la moglie avesse conservata la cittadinanza acquistata col matrimonio, essa potrebbe invo-

care l'applicazione dello statuto personale originario della famiglia, se si trattasse di decidere circa i diritti patrimoniali da essa acquisita col matrimonio, rispetto ai quali si deve ammettere che la moglie non possa patire pregiudizio per un fatto non suo, come verrebbe ad essere la naturalizzazione del marito da lei stessa non consentita. Però siccome il diritto a fare divorzio non è un diritto privato derivante dai rapporti contrattuali, e dev'essere governato dalla legge regolatrice dei rapporti di famiglia, e siccome questa dev'essere determinata, avuto riguardo alla condizione del marito, che ne è il capo, e d'altra parte, avendo supposto che il fatto fosse avvenuto dopo la naturalizzazione, si sarebbe venuti così ad ammettere, che il fatto giuridico, da cui fosse derivata la perturbazione dei rapporti coniugali, fosse avvenuto mentre la famiglia era stata già pel fatto del marito assoggettata all'autorità della legge dello Stato ove esso aveva ottenuto la naturalizzazione, e per le controversie d'interesse e di ordine pubblico la moglie non potrebbe accampare alcun diritto acquisito di disconoscere la legge della nuova patria del marito, perciò conseguentemente dovrebbe valere una diversa regola che per decidere circa i diritti patrimoniali dei coniugi. Concludiamo quindi che nell'ipotesi fatta si dovrebbe respingere l'istanza della moglie, ritenendo applicabile la legge della patria elettiva del marito.

692. L'unica controversia, che può sorgere nell'ipotesi di una istanza di divorzio fatta dal naturalizzato, è quella che concerne l'efficacia stessa della naturalizzazione, qualora dalle circostanze si potesse dedurre di essere stata essa provocata col principale intendimento di mutare lo statuto personale e di sottrarsi quindi all'impero della legge, che inibiva il divorzio, e di assoggettarsi all'impero di quella che lo permetteva.

In massima non si può sostenere, che quando uno si sia legalmente assoggettato ad una data legge, e lo abbia fatto con l'intendimento di sottrarsi all'impero di un'altra legge per esso più gravosa, cotesto intendimento possa essere di per sè stesso una ragione decisiva onde escludere l'autorità della legge. Nel caso però che esaminiamo, si potrebbero verificare circostanze eccezionali, le quali giustificherebbero il modificare la regola generale.

Facciamo l'ipotesi, che un italiano nell'attuale stato della legislazione nostra, che inibisce il divorzio, arrivi ad ottenere la naturalizzazione in Svizzera, e che dalle circostanze risulti evidentemente di avere egli ciò fatto coll'intendimento di eludere la legge italiana, e mettersi in grado di ottenere il divorzio, e di essere stato questo il suo principale intendimento. (Così dovrebbe ammettersi nell'ipotesi, che egli avesse continuato ad avere in Italia la sua residenza abituale, e che avesse quivi continuato ad avere il centro dei suoi affari e dei suoi interessi). Ora a noi sembra che in tali circostanze, risultando evidentemente essere stata la naturalizzazione di esso fraudolenta, potrebbe con ragione essere reputata inefficace, quanto al rendere applicabile la legge sul divorzio vigente nella Svizzera.

693. Noi reputiamo che lo stesso principio dovrebbe valere nell'ipotesi di un Francese, il quale avesse ottenuto la naturalizzazione in uno Stato della Germania, ove il divorzio è ammesso per certi motivi, che non sono contemplati nel Codice francese, e che volesse poi fare istanza dinanzi ai tribunali francesi, onde fare pronunciare il divorzio a norma della legge della sua patria di elezione. Ritenendo sempre l'ipotesi, che dalle circostanze risultasse evidentemente di essere stata la naturalizzazione fraudolenta, ci sembra che il tribunale francese non potrebbe dichiarare nulla la naturalizzazione, perchè a questo si opporrebbero l'indipendenza degli Stati e l'incompetenza dei tribunali a riguardo degli atti di sovranità, ma che potrebbe dichiarare la naturalizzazione inefficace di fronte alla legge francese riguardo a modificare le norme da essa sancite circa lo scioglimento del matrimonio, e che potrebbe quindi accogliere l'istanza della moglie, la quale sostenesse che dovesse essere applicata la legge francese, onde risolvere a norma di essa circa l'istanza del marito di lei. Nulla osterebbe al certo a che un francese, naturalizzandosi in buona fede in uno Stato della Germania domandasse poi anche in Francia l'applicazione del nuovo suo statuto personale, nei casi nei quali uno straniero può invocarne l'applicazione, perchè l'ordine pubblico non sarebbe turbato, se ad uno, che non fosse più francese, ma straniero, si applicasse la legge straniera, tuttochè diversa dalla francese, ma dovrebbe reputarsi contro l'ordine pubblico territoriale, che un cittadino potesse sottrarsi all'ap-

plicazione della sua legge personale, quando da un complesso di circostanze univoche e concomitanti risultasse di essersi egli in mala fede naturalizzato all'estero, e coll'esclusivo intendimento di eluderne l'applicazione.

694. Il procedimento nel giudizio di divorzio dev'essere governato dalla *lex fori*, la quale dovrà essere applicata per quello che concerne la prova dei fatti, sui quali sia fondata l'istanza. Può sorgere qualche dubbio a riguardo dei mezzi idonei a stabilire l'adulterio come motivo per divorziare.

Secondo certe leggi l'adulterio è un motivo per fare divorzio, ma dev'essere constatato in conseguenza del giudizio penale e della condanna. Laonde di fronte a tale legge può parere, che la circostanza della condanna penale per adulterio sia uno degli elementi del motivo a divorziare. Altre invece ammettono, che l'adulterio possa essere provato con tutti i mezzi nello stesso giudizio civile. Ora a noi sembra, che i mezzi idonei a constatare l'adulterio come motivo per fare divorzio debbano essere determinati a norma della *lex fori*, e non già dello statuto personale, perchè la prova dei fatti dedotti in giudizio forma parte del procedimento, e quindi non potrà essere esclusa la prova per testimoni o altrimenti, supposto che sia consentita di darla nello stesso giudizio civile a seconda della *lex fori*.

695. Per quello che concerne gli effetti che possono derivare dalla sentenza di divorzio notiamo innanzi tutto, che essa non può avere effetto retroattivo a riguardo dei diritti e dei doveri rispettivi dei conjugi, anteriori al divorzio, perchè questo modifica i rapporti personali dei coniugi stessi, ma soltanto a contare dal momento in cui la sentenza sia stata pronunciata. Conseguentemente, dovendosi ritenere il vincolo coniugale sussistente fino al divorzio regolarmente pronunciato, le azioni di un coniuge contro l'altro per fatti anteriori al divorzio devono essere governate dalla legge regolatrice dei rapporti coniugali: e quindi, se secondo questa legge non vi poteva essere azione per danni ed interessi tra marito e moglie, questa non potrebbe nascere in conseguenza del divorzio per fatti anteriori ad esso, ma soltanto per i fatti posteriori.

A riguardo poi degli effetti, che possono derivare dallo scio-

glimento del matrimonio in virtù del divorzio, rispetto all'obbligo che può essere imposto al marito di assicurare alla moglie una rendita annua per i bisogni di lei; ai diritti rispettivi dei coniugi a riguardo dei figli; agli obblighi reciproci di provvedere al mantenimento dei medesimi; e per tutto quello altresì che concerne i rapporti patrimoniali dei coniugi stessi, bisognerà riferirsi alla legge medesima secondo la quale dovrà essere pronunciato lo scioglimento del matrimonio.

696. Uno degli effetti più importanti, che possono derivare dal divorzio, è quello di fare acquistare ai coniugi divorziati lo stato libero, e renderli capaci a celebrare altre nozze. Una difficoltà a tale riguardo può sorgere nell'ipotesi, che il coniuge divorziato volesse celebrare le nuove nozze in uno Stato, ove il divorzio non fosse riconosciuto dalla legge. Può infatti sorgere in tale evenienza il dubbio, se di fronte alla legge territoriale, che inibisca il divorzio per ragioni di ordine pubblico, possa essere concesso al coniuge divorziato di celebrare il matrimonio.

Tale controversia è stata lungamente discussa dai giuristi, i quali sono arrivati a conclusioni opposte, ed in vario modo è stata risoluta pure dalla giurisprudenza.

Tra i giuristi francesi la negativa è stata sostenuta da De Chassat, mentre vigeva in Francia la legge che aveva abolito il divorzio. Egli così ragiona: « il magistrato francese non può permettere che in virtù di una legge straniera seguano in Francia certi effetti, che offendono i principii d'ordine pubblico sanzionati dalla legge nazionale. La disposizione della legge straniera, che consente al coniuge divorziato di celebrare nuove nozze, non può avere nessun effetto in Francia, perchè offende i buoni costumi e l'opinione pubblica » (1).

Demangeat si fece sostenitore della medesima teoria. Egli osservava infatti che l'ufficiale dello stato civile, vigente la legge che inibiva il divorzio, non poteva assistere alla celebrazione del matrimonio di un divorziato, perchè esso sarebbe venuto così implicitamente a

(1) De Chassat, *De Statut.*, n° 196.

riconoscere valido il divorzio, considerato dalla legge come un male ed uno scandalo pubblico (1).

Merlin (2) arrivò invece a sostenere il contrario, perchè ebbe ragione di considerare che la legge francese aveva condannato il divorzio, ma non aveva considerato illecito i matrimoni contratti da coloro, che avevano ottenuto il divorzio prima che fosse promulgata la legge del 1816.

La giurisprudenza dei tribunali francesi era stata pure discorde. Fino al 1860 era prevalsa la dottrina che negava allo straniero divorziato di celebrare nuovo matrimonio in Francia (3), poscia, dopo la sentenza della Corte di cassazione del 28 febbraio 1860 era stato accettato in massima, che lo straniero divorziato poteva essere ammesso a celebrare il secondo matrimonio (4).

Vogliamo per altro notare, che la Corte di Douai aveva ritenuto, che lo straniero, il quale aveva celebrato un primo matrimonio in Francia sciolto regolarmente con divorzio pronunciato nel paese di lui, non poteva essere ammesso a celebrare un secondo matrimonio in Francia, mentre viveva quivi il coniuge di lui, perchè doveva essere reputato contro l'ordine pubblico, che l'ufficiale civile francese, il quale aveva celebrato il primo matrimonio, dovesse poi assistere alla celebrazione del secondo, mentre viveva nella stessa città il coniuge divorziato (5).

Cotesta controversia non ha al presente molta importanza di fronte al diritto francese essendo stato ripristinato il divorzio, ma l'ha tuttora in quei paesi, la legge dei quali non permette il divorzio. Essa è stata infatti agitata dai giuristi italiani, e tra questi vi è stato

---

(1) *Condition des étrangers*, § 583.

(2) *Question de droit*, v^e^ *Divorce*, § 13.

Vedi pure DEMOLOMBE, t. I, n° 101, t. III, n° 230; WESTLAKE, *Private international law*, n° 350; MASSÉ e VERGÉ, sul § 37.

(3) Vedi Cour de Paris, 30 août 1824, 28 mars 1843, 20 novembre 1848 e 4 juillet 1859 nel *Journal du Palais*, t. XVIII, p. 1022, t. XL-XLI, t. LXXI, e DALLOZ, *Périodique*, 1859, t. II, p. 153.

(4) Cour de Paris, 28 fév. 1860, causa Butkley (DALLOZ, 1860, t. I, p. 57) e Cass. 15 juillet 1878 (CLUNET, *Journal*, 1878, p. 499).

(5) Douai, 8 janvier 1877 (CLUNET, *Journal*, 1877, p. 39).

pure chi ha sostenuto che lo straniero divorziato non possa essere ammesso a celebrare altre nozze in Italia, perchè ne sarebbe offeso l'ordine pubblico e la disposizione dell'art. 12, che inibisce di riconoscere le leggi straniere, che derogano alle leggi italiane riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume (1).

697. Noi avevamo già sostenuto nel campo dei principii, che, senza discutere circa la moralità o immoralità del divorzio, non poteva essere mai negato a colui, che in virtù di esso aveva già ottenuto legalmente lo stato di uomo libero, di celebrare il secondo matrimonio, anche in paese, la legge del quale non ammettesse il divorzio, e avevamo inoltre soggiunto, che l'ufficiale dello stato civile italiano non avrebbe potuto rifiutarsi di assistere al matrimonio di un inglese validamente divorziato, che avesse voluto celebrare nuove nozze in Italia. A sostegno di tale opinione avevamo addotto che la condizione giuridica di uno straniero e la sua qualità di padre, di figlio, di sposo, doveva essere determinata secondo la legge della sua nazione (art. 6, Codice civile); che gli effetti, che derivano dallo stato giuridico di uno straniero, non potevano essere impediti, se non quando si opponesse una legge di ordine pubblico del nostro Stato; che l'uffiziale dello stato civile non poteva dichiarare la dissoluzione del matrimonio non esistente, quando questo fosse stato già legalmente disciolto, nè poteva impedire al divorziato di contrarre un nuovo matrimonio, il quale, quando il primo fosse sciolto, non sarebbe per nulla contrario alle leggi nostre, essendo il divorziato nella situazione legale di un uomo non coniugato. Dal quale ragionamento avevamo concluso, che non si poteva tenere contrario alle nostre istituzioni ed alle nostre leggi il concedere al coniuge straniero legalmente divorziato di celebrare uno nuovo matrimonio in Italia (2).

Laurent tenendo conto dell'opinione da noi manifestata, e che che è conforme a quella da esso medesimo ammessa, osserva non

---

(1) Esperson, *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali*, n° 21, p. 79.

(2) Vedi il § 134 della prima edizione della presente opera, Firenze, Le Monnier, 1869.

pertanto, che la teoria può essere mantenuta nel campo dei principii, ma non di fronte al diritto italiano, che esclude l'applicazione della legge straniera, che sia contraria alle leggi, che riguardano l'ordine pubblico ed il buon costume (1).

Dobbiamo richiamare quello che è stato detto innanzi nella parte generale, a fine di determinare come si debba intendere la limitazione dell'applicabilità della legge straniera fondata sull'offesa dell'ordine pubblico e del buon costume (2). Rispetto poi alla questione particolare del secondo matrimonio, di chi abbia fatto divorzio, osserviamo, che, ritenendo come dimostrato che il divorzio sia stato legalmente pronunciato, e che in conseguenza di essa il coniuge abbia acquistato lo stato di persona libera, non può reputarsi offeso l'ordine pubblico territoriale, dacchè chi è libero dimandi di contrarre, e contragga matrimonio. Per ammettere l'offesa all'ordine pubblico bisognerebbe considerare, chi ha fatto divorzio, come coniugato, ma per ammettere questo non hanno i contraddittori riflettuto, che fa di mestiere sostituire la legge italiana alla legge straniera, anche nel regolare all'estero i rapporti di una famiglia straniera, e ritenere, che, sol perchè il legislatore italiano non ammette il divorzio, si possa dichiarare in nome della legge italiana non avvenuta la dissoluzione del matrimonio, tutto che esso sia stato sciolto, e legalmente sciolto secondo la legge straniera, cui i coniugi erano soggetti.

Noi ripetiamo quindi, che non si può ritenere in opposizione del diritto positivo italiano il concedere allo straniero divorziato di celebrare nuove nozze, perchè nessuna offesa deriva all'ordine pubblico territoriale, dacchè uno straniero, che non sia vincolato da matrimonio precedente, e che sia capace a riconiugarsi secondo il suo statuto personale celebri il matrimonio in Italia, e che non è il caso in cui può trovare la sua applicazione l'eccezione contemplata dall'art. 12 delle disposizioni generali del diritto civile italiano.

698. L'offesa all'ordine pubblico, nel caso del secondo matrimonio del divorziato, si può ammettere nell'ipotesi, da noi già contemplata,

---

(1) Laurent, *Droit civil intern.*, t. V, § 144.
(2) Vedi vol. I, Parte generale, cap. VII, §§ 245-259.

di naturalizzazione fraudolenta provocata coll'intendimento di far pronunciare il divorzio, e di potere celebrare il secondo matrimonio nella patria, ove il divorzio sia inibito. Tale sarebbe il caso di un italiano, che in mala fede avesse ottenuto la naturalizzazione in Svizzera per frodare la legge italiana ed il divieto di divorziare. Supposto che esso avesse ottenuto il divorzio nella Svizzera, che volesse celebrare il secondo matrimonio in Italia, e che si verificassero a riguardo di lui le circostanze contemplate innanzi per ammèttere, che la naturalizzazione fosse stata fraudolenta, a noi sembra, che il Pubblico Ministero potrebbe opporsi alla celebrazione del secondo matrimonio adducendo con ragione, che il considerare la naturalizzazione fraudolenta efficace a riguardo d'un italiano, che l'avesse provocata col principale intendimento di celebrare il secondo matrimonio in Italia, vivendo l'altro coniuge, dovrebbe reputarsi contro l'ordine pubblico. Ammettendo questo non intendiamo per altro d'accettare la teoria sanzionata dalla Corte di Douai (1), perchè l'offesa all'ordine pubblico e al buon costume ci sembra poterla ravvisare nelle circostanze soltanto contemplate innanzi (§ 692) per qualificare la naturalizzazione fraudolenta.

Si deve parimente reputare contro l'ordine pubblico il concedere ad un cittadino, il quale avesse ottenuto il divorzio all'estero, non in conformità della legge personale, di potere celebrare il secondo matrimonio nella propria patria, o di potere sostenere di fronte al diritto della medesima, che dovesse essere reputato valido il secondo matrimonio da lui celebrato all'estero in seguito al divorzio ivi ottenuto. Il riconoscere l'autorità di una legge straniera, la quale avesse sostituito i suoi precetti a quelli della legge personale per regolare i rapporti di famiglia e lo scioglimento del matrimonio, questo dovrebbe reputarsi contro l'ordine pubblico. Conseguentemente, anche rispetto a quegli stessi paesi che ammettono il divorzio, non può essere reputato valido lo scioglimento del matrimonio di cittadini in seguito a sentenza pronunciata all'estero per un motivo non contemplato dalla legge personale dei medesimi.

---

(1) Vedi innanzi § 696, p. 202.

699. Un'ultima difficoltà vogliamo risolvere a riguardo del matrimonio di un divorziato, quella cioè che può nascere nell'ipotesi, che sia diversa la legge personale e quella territoriale rispetto alle limitazioni imposte al divorziato di celebrare nuove nozze. Vi sono infatti leggi che inibiscono al coniuge colpevole di adulterio di coniugarsi col proprio complice, altre invece che non contengono simile divieto. Vi sono pure leggi che, non ostante lo scioglimento del matrimonio, inibiscono al coniuge adultero di coniugarsi prima della morte dell'altro coniuge a meno che questo non sia già coniugato o presti il suo consenso. È così secondo il Codice della Svezia, titolo sul divorzio, art. 2.

A primo aspetto può parere solido l'argomento addotto da alcuni che cioè, siccome la legge che inibisce al coniuge colpevole di adulterio di coniugarsi col suo complice mira principalmente a tutelare il buon costume, così deve avere autorità territoriale, e quindi anche a riguardo degli stranieri, la legge dei quali non contenga lo stesso divieto. Dobbiamo non pertanto osservare, che il divieto tende a tutelare i rapporti di famiglia, che il criterio per tutelare il buon costume nella famiglia può essere inteso in diversa maniera, e che meglio ci sembra quello adottato dai legislatori, che non hanno sancito il divieto, perchè in verità, senza legittimare il fatto, stimiamo più conforme al buon costume, che colui che abbia sedotta una donna maritata, ripari la sua colpa togliendola in moglie: e così s'intende la cosa in Inghilterra, ove si considera piuttosto un debito d'onore, che il complice di una donna adultera divorziata si unisca in matrimonio alla medesima.

A noi non sembra quindi di potere attribuire in massima, alla legge che contenga il divieto, l'autorità dello statuto reale, nel senso di renderla applicabile agli stranieri, la legge dei quali non contenga la stessa limitazione. Ammettiamo quindi, che, qualora il complice fosse un cittadino dello Stato, la di cui legge contenesse il divieto, non dovesse essergli concesso di unirsi in matrimonio colla donna divorziata per adulterio. Potremo pure concedere, che potendosi attribuire alla legge, che commina il divieto, il carattere di legge di polizia, potesse la disposizione essere applicata nel caso che il divorzio fosse stato pronunziato dai tribunali dello Stato, nel quale poi si volesse procedere

ai secondo matrimonio tra la donna divorziata per adulterio ed il suo complice.

Fuori di questo caso riteniamo che tutto debba dipendere dalla legge personale di ciascheduno degli sposi, che intendano di celebrare il nuovo matrimonio.

700. Dall'esposizione da noi fatta chiaro apparisce, come sia grande la confusione che deriva dalla diversità delle leggi e della giurisprudenza circa la giurisdizione dei tribunali a riguardo del divorzio tra stranieri, circa la legge che dev'essere applicata, e circa l'efficacia della sentenza che abbia pronunciato il divorzio.

Ora dobbiamo mentovare che per accrescerla ancora la Congregazione della Santa Inquisizione romana ha voluto promulgare testè la decisione da essa emanata il 19 agosto 1886, con la quale, ponendosi al di sopra di tutte le leggi, essa ha ritenuto, che il matrimonio validamente sciolto secondo le leggi civili non può reputarsi sciolto secondo il diritto ecclesiastico, e che conseguentemente l'ufficiale dello stato civile non può assistere alla celebrazione del secondo matrimonio, supposto che il precedente sia stato regolarmente sciolto secondo la legge civile, ma che sia tuttora valido secondo la legge della Chiesa.

Comprendiamo, che tale decisione non può influire menomamente sulla questione di fronte al diritto civile e modificare le regole circa lo scioglimento del matrimonio precedente, e la validità delle nuove nozze celebrate dopo il divorzio regolarmente pronunziato. Abbiamo non pertanto stimato opportuno di menzionarla, perchè essa pure (rispetto a coloro che ammettono l'indebita preminenza del Capo della chiesa cattolica anche nelle cose civili e temporali, che sono fuori della sua competenza) può esercitare la sua influenza nell'accrescere la confusione grandissima a riguardo dell'efficacia del divorzio.

CAPITOLO VII.

Della paternità e della filiazione.

701. Nozioni generali; ordine della trattazione.

701. Le questioni che concernono i rapporti di paternità e di filiazione sono strettamente connesse con l'organizzazione della famiglia, essendo che dal risolverle in una maniera o in un'altra dipenda lo stato, la qualità e la condizione giuridica delle persone, che codesta famiglia formano.

Ciascuna legge determina chi sia figlio legittimo e chi illegittimo, e ciò in conseguenza dell'essere uno concepito o nato dall'unione sessuale di due persone unite o non unite in matrimonio. Vi sono però delle leggi le quali ammettono che il figlio concepito prima che i genitori di lui siano stati legalmente coniugati debba essere reputato legittimo, allorchè sia nato, dopo che essi abbiano celebrato il matrimonio e vi sono delle legislazioni le quali ammettono pure che esso, salvo alcune eccezioni possa essere legittimato in conseguenza del matrimonio contratto dai suoi genitori.

Rispetto al figlio nato da persone non coniugate le leggi dei diversi paesi ammettono che la condizione giuridica di filiazione naturale gli possa essere attribuita dal padre o dalla madre o da entrambi congiuntamente sotto certe condizioni da ciascuna legge contemplate.

A noi incombe di determinare quale sia la legge in virtù della quale devono essere risolute le questioni, che concernono la paternità e la filiazione, per la qual cosa onde procedere con ordine esamineremo in distinti paragrafi quelle che riguardano la filiazione legittima; quelle che riguardano la filiazione illegittima, e da ultimo discorreremo della legittimazione, vale a dire della condizione giuridica di legittimità, che può essere attribuita per disposizione di legge alla prole concepita e nata senza il matrimonio.

Il rapporto di filiazione può essere pure stabilito per concessione della legge mediante l'adozione, la quale dà luogo ad una rela-

zione giuridica, che senza essere basata sui rapporti naturali, vale non pertanto a stabilire fra l'adottante e l'adottato una relazione per finzione legale somigliante a quella che risulta dalla paternità e dalla filiazione legittima. Di questa discorreremo in un capitolo separato.

§ 1°

Filiazione legittima.

702. La legittimità deve dipendere dalla stessa legge che deve regolare il matrimonio e i rapporti di famiglia. — 703. L'azione di reclamo o di impugnazione di stato deve essere governata dallo statuto personale. — 704. Difficoltà nell'ipotesi che il padre ed il figlio abbiano cittadinanza diversa. — 705. Si esamina la questione se il disconoscimento o il reclamo di stato si debba considerare come un diritto personale del padre, o del figlio, e se, nel caso che essi abbiano cittadinanza diversa, debba essere preferito lo statuto personale dell'uno o quello dell'altro. — 706. Della legge con cui si deve decidere circa l'istanza per stabilire la maternità, qualora la cittadinanza della moglie non sia conforme a quella del marito. — 707. Si esamina la questione nell'ipotesi che il mutamento di cittadinanza si sia verificato nel tempo intermedio tra il concepimento e la nascita. — 708. Della presunzione di legittimità nell'ipotesi di mutamento di cittadinanza avvenuto dopo celebrato il matrimonio, ma prima della nascita del figlio. — 709. Si esamina la questione laddove la nascita sia avvenuta prima della naturalizzazione. — 710. Della legge che deve regolare i mezzi di prova atti a stabilire la legittimità. — 711. Il cittadino nato all'estero non può valersi della legge straniera a fine di stabilire a norma di essa la legittimità. — 712. La prova della legittimità di uno straniero deve essere retta dallo statuto personale del medesimo. — 713. Bisogna far salvo il caso che l'espletamento della prova arrechi offesa all'ordine pubblico. — 714. Si esamina se la prova dell'impotenza, a norma dello statuto personale dello straniero, possa essere ammessa. — 715. Disconoscimento pel motivo dell'adulterio. — 716. Della legittimità stabilita coll'atto di nascita e col possesso di stato. — 717. Lo straniero può profittare in Francia dell'articolo 322 del Cod. civ. francese? — 718. Il possesso di stato può essere retto dalla legge territoriale, quando esso si sia verificato nel territorio. — 719. Dell'autorità dello statuto personale a riguardo di esso.

702. Bisogna stabilire come principio, che la legge stessa, la quale deve regolare il matrimonio ed il rapporto di famiglia, debba avere autorità altresì circa quanto concerne la condizione di legittimità del

figlio nato durante il matrimonio. Cotesta controversia deve essere decisa in conformità dello statuto personale, e in ciò si trovarono d'accordo anche i giuristi antichi, i quali, considerando che la condizione del figlio e la filiazione del medesimo costituiscono il diritto principale di stato personale, ammisero conseguentemente l'autorità della statuto personale a riguardo di ciò (1).

Siccome la principale condizione da cui dipende la legittimità, si è quella che il figlio sia stato concepito dopo il matrimonio, o che almeno sia nato durante il medesimo, così la prima cosa che dev'essere stabilita, da chi pretenda lo stato di figlio legittimo, si è l'esistenza giuridica del matrimonio tra l'uomo e la donna, dai quali affermi d'essere nato, come dall'altra parte le persone, che abbiano un interesse a contestare la sua legittimità, possono opporre la inesistenza o la nullità del matrimonio. Cotesta è una questione pregiudiziale, la quale, nel caso di matrimonio celebrato all'estero, dev'essere risoluta tenendo conto dei principii già esposti a riguardo della validità o della nullità di tale matrimonio, e della sua prova.

Ammesso come esistente il matrimonio, l'istanza di uno che reclami lo stato di figlio legittimo può dar luogo a diverse questioni, secondochè sia contestata la paternità, o la maternità. Sarà quindi necessario decidere se il marito debba essere reputato padre del figlio nato durante il matrimonio: se egli possa avere il diritto d'impugnare la sua paternità: se il figlio sia nato da colei che esso indichi per sua madre, e via dicendo, le quali questioni tutte si rannodano alle azioni di reclamo di stato e d'impugnazione di esso, le quali devono essere in massima risolute in conformità dello statuto personale, il quale nel sistema da noi seguito deve essere la legge dello Stato, di cui è cittadino il marito, che è capo della famiglia. La ragione si trova sempre nel principio generale da noi ammesso, che cioè, la legge sotto la

---

(1) D'Argentré, *Commentarii in patrias britonum leges*, art. 218, glos. 6, ni 3, 4, 7; Bouhier, *Les coutumes du duché de Bourgogne*, chapitre XXIV, ni 122-125; Boullenois così si esprime: « Je mets au nombre des statuts personnels ceux qui décident de la naissance légitime ou illégitime des enfants..... ceux qui d'illégitime les rendent légitimes ». *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, tit. I, ch. II, observ. IV.

protezione della quale vive civilmente la famiglia, e i singoli membri che ad essa appartengono, è quella che deve avere autorità di determinare i legami giuridici esistenti tra le persone che la famiglia costituiscono, e secondo cui si deve conseguentemente decidere, se una persona abbia o no rispetto all'altra la qualità di padre, di madre, di figlio legittimo.

703. Applicando il nostro principio ne consegue, che, anche quando la qualità di figlio legittimo s'intendesse stabilirla o di contestarla di fronte ad una legge estera, a fine di dedurre o di escludere certi effetti che dalla legittimità o dalla illegittimità possono derivare, e fosse diversa la legge personale dell'interessato e quella territoriale, a riguardo della legittimità del figlio, bisognerebbe attenersi in tutto allo statuto personale, anche per quello che riguarda l'azione di reclamo e di impugnazione di stato, i mezzi di prova, e le altre azioni secondarie, che possono aver luogo per stabilire o contestare la legittimità.

Supponiamo, per esempio, che un prussiano avesse sposata un'italiana, e che avesse durante il matrimonio avuto un figlio presunto legittimo. Indubitatamente esso avrebbe diritto di ricusare di riconoscere il figlio, se potesse provare che la coabitazione colla moglie fosse stata fisicamente impossibile, secondo dispone il Codice civile prussiano (1).

Qualora codesto prussiano avesse fatto trascorrere sei mesi, a contare dal momento in cui avesse conosciuta la nascita del figlio, senza aver promossa l'azione, e fosse morto, potrebbe elevarsi il dubbio se gli eredi italiani potessero impugnare la legittimità per escludere il preteso figlio legittimo dal possesso dei beni del defunto esistenti in Italia. Gli scrittori che sostengono la preferenza della *lex rei sitæ* in tutte le questioni relative ai beni immobili, risponderebbero negativamente, perchè applicherebbero le disposizioni del Codice civile italiano il quale stabilisce: (art. 167) se il marito muore senza avere promossa l'azione prima del tempo utile (*che al massimo può essere tre mesi*, art. 166), gli eredi avranno due mesi per impugnare la legittimità del figlio, computabili dal tempo in cui saranno entrati

(1) Parte II, tit. II, articoli 2-4.

nel possesso dei beni del defunto. Nel caso nostro sarebbero decorsi sei mesi: dunque l'azione degli eredi italiani sarebbe prescritta.

Noi però sosteniamo il contrario. Nella fattispecie infatti si tratterebbe di un'azione per impugnare lo stato di un figlio prussiano. La legge nostra dispone (art. 6) che lo stato dello straniero è regolato dalla legge della nazione cui egli appartiene, e perciò l'azione per impugnare lo stato dev'essere regolata dalla stessa legge. Il Codice prussiano dispone (art. 7, 14, 15): che il padre può impugnare la legittimità del figlio entro un anno, a contare dal momento in cui conobbe la nascita: che i parenti hanno l'azione, quando la morte del padre abbia avuto luogo prima che sia decorso l'anno a contare dal giorno della nascita. Quindi gli eredi italiani avrebbero l'azione.

Supponiamo invece che un italiano avesse sposata una donna austriaca, e che duecento giorni dopo la celebrazione del matrimonio fosse nato un figlio. Potranno gli eredi austriaci, supponendo morta la moglie e il marito e non spirato il tempo utile, impugnare lo stato di figlio legittimo per escludere codesto figlio dall'eredità dei beni esistenti in Austria e riservati esclusivamente ai figli legittimi, fondandosi sull'art. 138 del Codice civile austriaco, che non presume legittimi i figli nati duecento giorni dopo la celebrazione del matrimonio? A primo aspetto sembrerebbe che si potesse sostenere l'affermativa, perchè si tratterebbe di una questione di eredità, e per determinare se il successibile avesse o no la qualità di erede legittimo, si dovrebbe applicare la legge del luogo in cui si domandasse il possesso dell'eredità; pur tuttavia considerando che la quistione principale è una pura quistione di stato, e che si deve risolverla applicando la legge personale, noi opiniamo per la negativa. È secondo la legge personale di ciascuno che si deve decidere chi sia legittimo e chi illegittimo, chi si debba presumere concepito durante o fuori del matrimonio. Nel caso supposto si deve dunque applicare la legge italiana, per la quale si presume concepito durante il matrimonio quel figlio che sia nato centottanta giorni dopo che il matrimonio sia stato celebrato.

704. Nell'applicare il principio da noi stabilito, che cioè il tribunale debba risolvere le controversie relative alla filiazione in conformità dello statuto personale, può sorgere qualche difficoltà nell'ipotesi, che

la legge personale del padre non sia conforme a quella del figlio. Cotesta difformità si può verificare nel caso che l'uno e l'altro abbiano cittadinanza diversa, lo che può avvenire o in conseguenza dell'avere il padre mutata la cittadinanza propria dopo il nascimento del figlio, o in conseguenza dell'avere il figlio acquistato la cittadinanza del paese ove si sia verificata la sua nascita, supposto che egli fosse nato all'estero, ed in uno Stato la di cui legge attribuisse la cittadinanza a chiunque vi nascesse. Accadendo così il conflitto fra lo statuto personale dell'uno e dell'altro, può sorgere naturalmente il dubbio, se per risolvere la questione sulla legittimità debba essere applicata la legge personale del figlio, o quella del padre.

705. Si potrebbe a primo aspetto ritenere, che, siccome il diritto spettante al padre di ricusare di riconoscere una persona come figlio è un diritto personale di lui, così l'azione di disconoscimento deve essere retta dalla legge personale del padre, la quale deve regolare altresì quanto concerne l'azione ed il termine per esercitarla utilmente. Come d'altra parte poi si potrebbe sostenere, che il diritto del figlio che reclama lo stato essendo un diritto personale del medesimo dev'essere governato dalla legge personale di lui, e non da quella del padre.

Giova peraltro considerare, che il rapporto giuridico esistente fra due persone, le quali sono l'una rispetto all'altra padre o madre e figlio, o viceversa, è uno solo, e che è effetto del fatto naturale della generazione. Cotesto rapporto costituisce poi la paternità o la maternità, e la filiazione secondochè sia considerato avuto riguardo al padre o alla madre, onde attribuire la filiazione paterna o la materna, o avuto riguardo al figlio onde attribuirgli la paternità o la maternità. Non può quindi essere il caso di distinguere il diritto dell'una persona da quello dell'altra rispetto alla legge, sulla quale può essere fondato, perchè unico è in verità il fondamento dell'uno e dell'altro diritto, il fatto naturale cioè della generazione, da cui deriva il rapporto giuridico di paternità e filiazione; laonde unica dev'essere la legge, sotto l'impero della quale cotesto rapporto deve di per sè stesso stare, e dalla quale sorge nell'istesso momento il diritto di ciascheduna di tali persone.

Il fatto accidentale dell'essersi verificata la nascita in un dato luogo non può esercitare alcuna influenza decisiva circa la legge regolatrice del rapporto giuridico, perchè, siccome esso non ha nessuna influenza a riguardo del mutare la legge regolatrice dei rapporti di famiglia, così non la può avere a riguardo del determinare la legge regolatrice della paternità e filiazione. Il rapporto di filiazione legittima dipende dall'essere stato uno concepito o almeno dall'essere nato durante il matrimonio. Ora dev'essere la legge sotto l'impero della quale sta la famiglia, e che deve determinare e regolare i legami giuridici esistenti tra i membri della medesima, quella colla quale si deve decidere se si debba presumere che uno sia nato durante il matrimonio; e siccome poi, quando il rapporto giuridico di legittimità o di illegittimità deve ritenersi esistente secondo la legge, il diritto a reclamare lo stato di figlio legittimo è rispetto al figlio un diritto perfetto ed acquisito, così come lo è parimente il diritto del padre d'impugnare la legittimità, perciò cotesto diritto reciproco non può essere modificato pel dato e fatto dell'avere il padre acquistato una cittadinanza nuova dopo il nascimento del figlio.

Abbiamo più volte detto che il mutamento di cittadinanza non può avere effetto retroattivo, quanto al modificare i diritti acquisiti secondo l'originario statuto personale della famiglia. Ora riesce chiaro, che il rapporto tra padre e figlio, come pure il diritto dell'uno di fronte a quello dell'altro (a cagione del doversi reputare un diritto perfetto ed acquisito secondo la legge regolatrice dei rapporti di famiglia al momento in cui avvenne il concepimento e la nascita del figlio), non possono essere assoggettati a legge diversa in conseguenza del mutamento di cittadinanza.

Nell'altra ipotesi da noi fatta, che cioè al figlio fosse attribuita la cittadinanza dello Stato, in cui avvenne il nascimento (supposto che la legge quivi vigente reputasse cittadino chiunque vi nascesse) non si potrebbe neppure ammettere, che il figlio potesse invocare la legge del paese, in cui fosse nato, a fine di dare a norma di essa la prova della sua legittimità. Basti infatti di considerare, che, ammettendo pure l'autonomia, non al certo giustificabile, della sovranità a riguardo dell'attribuire la cittadinanza a coloro, che nascono

nel territorio da padre straniero, questo non può influire a mutare lo statuto personale della famiglia, e siccome la legittimità deve dipendere sempre dall'essere uno stato concepito dopo che sia avvenuto il matrimonio o almeno dall'essere nato durante il medesimo, e tale controversia deve dipendere dalla legge regolatrice dei rapporti di famiglia, così il figlio non potrebbe avere il diritto d'invocare una legge diversa, a fine di assoggettare ad essa la famiglia, alla quale pretendesse di appartenere (1).

706. Gli stessi principii devono valere nell'ipotesi, che, chi reclamasse lo stato di figlio legittimo, avesse promosso l'istanza coll'intendimento di provare di essere nato da colei, che esso indicasse come sua madre, e che avesse una cittadinanza diversa da quella del marito al momento nel quale l'azione fosse esercitata. Abbiamo pure dimostrato innanzi, come la sopravvenuta diversità di cittadinanza del marito e della moglie non poteva valere a modificare lo statuto personale della famiglia, e siccome la questione della filiazione legittima tanto nell'ipotesi che l'azione sia diretta contro il padre, quanto in quella che sia diretta contro la madre, tende a stabilire uno stato di famiglia, così dev'essere sempre risoluta in conformità della legge regolatrice dei rapporti di famiglia al momento in cui il rapporto giuridico sia divenuto esistente; cioè dalla legge personale del marito, che è il capo della famiglia. Cotesta legge quindi e non altra dovrà essere applicata dal tribunale investito della causa, supposto che esso possa ritenersi competente a deciderla onde determinare il diritto del padre o della madre, e quello del figlio; le azioni a questi spettanti per impugnare o reclamare la legittimità: il termine utile per esercitarla: i mezzi di prova: e quanto concerne il giudizio in merito circa la legittimità.

---

(1) LAURENT esaminando la sentenza della Corte di Douai del 26 novembre 1806 sostiene (t. V, § 246, p. 515, in fine) un'opinione dalla nostra diversa, perchè considera il diritto della legittimità come un diritto esclusivo del figlio, e soggetto come tale alla legge personale di lui, mentre a noi sembra che la paternità e la filiazione legittima costituiscono un rapporto unico che deve dipendere dallo statuto della famiglia.

707. Una difficoltà più grave può sorgere nell'ipotesi che il mutamento di cittadinanza da parte del padre sia avvenuto nel tempo intermedio tra il concepimento e la nascita del figlio. Avendo i legislatori ammesso l'adagio *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*, ed avendo attribuita la legittimità al figlio concepito durante il matrimonio, hanno sancito le regole circa il periodo più lungo e più breve della gestazione, a fine di stabilire la presunzione legale circa il concepimento avvenuto durante il matrimonio. Non sono però uniformi le disposizioni a tale riguardo. Così il Codice austriaco (1) fissa a dieci mesi il periodo più lungo della gestazione, mentre che il Codice italiano e quello francese lo fissano a trecento giorni (2), e comunque si voglia calcolare tale periodo di tempo, è certo che l'ultimo giorno del decimo mese va al di là dei trecento giorni. Il periodo più breve della gestazione è poi fissato a sette mesi secondo il Codice austriaco a centottanta giorni secondo il Codice italiano e quello francese.

Facciamo ora l'ipotesi che una donna italiana si sia maritata ad un austriaco e che alla morte del marito, valendosi della facoltà ad essa concessa dall'art. 14 del Codice civile italiano, abbia ricuperata la cittadinanza italiana fissando il suo domicilio in Italia. Supponiamo pure che trecentodue giorni dopo, a contare da quello dello scioglimento del matrimonio, sia nato da essa un figlio; in questo caso dovrà essere esso reputato legittimo e concepito durante il matrimonio?

Applicando la legge austriaca si dovrebbe presumere legittimo perchè nato entro il decimo mese dalla morte del marito. Applicando in vece la legge nostra si dovrebbe ritenere la negativa, perchè il periodo più lungo della gestazione è fissato a trecento giorni. Quale delle due leggi dovrà essere applicata onde risolvere il conflitto? A primo aspetto si potrebbe sostenere, che le regole che concernono la filiazione legittima interessano eminentemente l'ordine pubblico, e che perciò, trattandosi del figlio nato da una donna, che sarebbe ita-

(1) Art. 138.
(2) Art. 160 Cod. civ. italiano; art. 312 Cod. civ. francese.

liana al momento del nascimento di lui, si dovrebbe decidere secondo la legge italiana, se esso dovesse essere reputato legittimo; che il concepimento è un fatto avvolto nel mistero, e che le presunzioni legali stabilite da ciascun legislatore a fine di determinare se esso sia o non sia avvenuto durante il matrimonio, dipendendo dai criteri suggeriti dalla scienza e dall'esperienza e da codesto legislatore accettati, non si possono leggermente trasportare dall'uno nell'altro sistema di leggi; che il fatto giuridico certo nel caso immaginato sarebbe quello della nascita di un figlio sul territorio italiano da una donna di cittadinanza italiana, che l'attribuire a codesto figlio lo stato di legittimità dipenderebbe dal presumere il concepimento avvenuto durante il matrimonio di lei col defunto marito; che per ammettere tale presunzione non si potrebbero accettare altri criteri che quelli stabiliti dal legislatore italiano, il quale applicando al fatto della nascita, che è il fatto certo, i criteri suggeriti dalla scienza, stabilisce per presunzione se il concepimento possa o no ritenersi avvenuto in una data epoca. Per tutte coteste ragioni si potrebbe concludere, che al figlio non sarebbe dato di reclamare lo stato di figlio legittimo, e che la sua legittimità potrebbe essere contestata dagli interessati.

In senso contrario si potrebbe invece sostenere, che la legittimità, nel caso in parola, dipendesse dalla legale presunzione di essere stato il figlio concepito da chi era marito di colei che dette alla luce codesto figlio; che il fatto della nascita sarebbe il fatto certo, ma che la controversia cadrebbe sull'autore del concepimento, vale a dire se dovesse reputarsi padre colui, che era marito della donna, da cui il figlio nacque, o altri; che questa sarebbe una controversia che concernerebbe i rapporti personali tra il figlio e l'autore dei suoi giorni; che la legge a cui tali rapporti devono essere subordinati dev'essere lo statuto originale della famiglia, e che secondo questo dev'essere deciso se esista o no il rapporto giuridico di legittimità tra il figlio, e colui che esso indichi come padre; che lo statuto personale dei rapporti di famiglia ed i diritti da esso provenienti a favore del figlio non possono essere modificati pel fatto della madre, la quale rimanendo vedova abbia ricuperata la sua primiera cittadinanza; che il diritto di lei a riacquistarla non può essere al certo contestato, ma a

patto però di non mutare la condizione del figlio e di non pregiudicare ad essa, ed allo stato giuridico acquistato dal medesimo, secondo la legge che regolava originariamente lo stato di famiglia, la quale era quella del marito di lei, vale a dire, nel caso nostro, la legge austriaca; che perciò, non potendo essere a norma di cotesta legge esclusa la presunzione di legittimità pel figlio nato nel decimo mese dopo la morte del marito, non può presumersi illegittimo quello nato trecentodue giorni dopo lo scioglimento del matrimonio celebrato da un austriaco.

Gli argomenti addotti in sostegno dell'una e dell'altra opinione sono certamente di molto peso, noi per altro opiniamo che si debba preferire la soluzione la più favorevole alla legittimità, anche perchè è la più conforme ai principii da noi sostenuti, che cioè nelle questioni di filiazione legittima tutto debba dipendere dalla legge personale del marito, a cui deve essere soggetta la famiglia costituita.

708. Facciamo ora l'ipotesi che un italiano dopo celebrato il matrimonio avesse acquistata la cittadinanza austriaca, e che centottanta giorni da codesta celebrazione fosse nato un figlio. Questi sarebbe austriaco in conseguenza dell'essere nato da padre austriaco. Secondo la legge austriaca presumendosi illegittimi i figli nati dalla moglie prima del settimo mese dopo celebrato il matrimonio, la legittimità del figlio potrebbe essere impugnata dal padre. Se invece si dovesse applicare la legge dello Stato italiano, del quale il padre era cittadino prima della sua naturalizzazione, il figlio dovrebbe reputarsi legittimo, perchè a norma dell'art. 160 del Codice civile italiano si deve presumere concepito durante il matrimonio il figlio, che non sia nato prima di centottanta giorni dalla celebrazione del medesimo.

Alcuni scrittori hanno opinato, che in virtù della regola, la quale ammette che il figlio concepito debba reputarsi nato, ogni qualvolta che ciò possa essere favorevole ai suoi interessi, dovesse essere concesso al figlio di potersi giovare della legge sotto di cui fosse avvenuto il suo concepimento, qualora essa fosse più favorevole a favorire la legittimità.

Così la pensa il Laurent il quale dice che, dovendosi ritenere la regola: *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis*

ejus agitur, stabilita in favore del figlio, gli debba essere concesso di scegliere fra i due statuti (quello cioè del concepimento e quello della nascita) il più favorevole ai propri interessi. Accettando tale opinione si verrebbe ad ammettere, che nel caso da noi immaginato il figlio potesse invocare la legge italiana a fine di stabilire la presunzione di legittimità.

Noi non possiamo dividere codesta opinione. Dobbiamo infatti osservare, che il noto adagio può essere utilmente invocato, quando si tratti di dovere applicare la legge del medesimo Stato nei rapporti di diritto privato, ma che non può essere parimente invocato per determinare l'autorità della legge di uno Stato di fronte a quella di un altro, perchè la questione di competenza legislativa non può essere risoluta in una maniera o nell'altra, secondochè più accomodi all'interessato. Le leggi che concernono la filiazione, e secondo le quali deve essere determinato chi sia legittimo e chi non sia legittimo, sono leggi d'ordine pubblico, perchè riguardano lo stato e l'ordinamento della famiglia. Si deve ammettere, che quando il rapporto giuridico di legittimità sia nato e perfetto sotto l'impero della legge, che regolava i rapporti tra padre e figlio, lo stato di figlio legittimo, dovendosi reputare un diritto individuale acquisito, non possa essere disconosciuto, nè possa essere assoggettato a legge diversa da quella, sotto di cui il diritto nacque; e conseguentemente, supposto pure che il padre avesse acquistata un'altra cittadinanza dopo che lo stato di legittimità fu acquistato, non si potrebbe applicare la legge della nuova patria del padre per decidere a norma di essa a riguardo della legittimità. Da cotesto principio ne deriva, che se il figlio fosse nato in Italia non prima di centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, ed il padre si fosse poi naturalizzato austriaco, non potrebbe essere il caso di applicare la disposizione degli art. 138, 155 del Codice civile austriaco per decidere la questione di legittimità, ma si dovrebbe applicare in vece la legge italiana, la quale presumendo legittimo il figlio nato non prima di centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio gli avrebbe attribuito lo stato di legittimità innanzi che col mutamento di cittadinanza si fosse verificato il mutamento dello statuto personale della famiglia. Sarebbe lo stesso che

dare alla cittadinanza un effetto retroattivo, l'ammettere che si potesse applicare la legge della nuova patria onde decidere a riguardo dei rapporti nati e perfetti avanti che il mutamento della cittadinanza fosse avvenuto.

Non si può dire lo stesso nell'ipotesi da noi fatta, che cioè il figlio sia nato in Austria, dopo che il padre vi abbia ottenuta la naturalizzazione, perchè, siccome egli sarebbe nato austriaco, e siccome non si potrebbe, senza che ne derivasse offesa all'ordine pubblico, e all'ordinamento della famiglia austriaca, applicare una legge straniera per decidere di fronte al diritto austriaco, se un austriaco, nato da una famiglia austriaca, dovesse essere presunto legittimo o illegittimo, al momento della sua nascita, così non potrebbe essere il caso di concedere al figlio la facoltà d'invocare la legge italiana onde stabilire a norma di essa la presunzione di legittimità.

709. Stando nel nostro ordine d'idee, bisogna pure ammettere, che se il figlio fosse nato in Italia, prima che il padre di lui italiano si fosse naturalizzato austriaco, questi potrebbe ricusare di riconoscerlo provando che nel tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della sua nascita egli era nella fisica impossibilità di coabitare con la moglie per causa dell'essere esso lontano da lei o per effetto di altro accidente, a norma di quanto dispone l'art. 162 del Codice civile italiano. La ragione è sempre la stessa, che cioè, la legge sotto di cui divenne perfetto il rapporto giuridico di paternità e di filiazione deve essere applicata, non solo per stabilire la presunzione di legittimità, ma altresì per regolare tutte le azioni che possono tendere ad escludere tale presunzione.

710. Per quello che concerne i mezzi di prova, coi quali può essere ammessa o esclusa la legittimità, bisognerà pure ritenere come regola, che essi devono essere retti dalla legge medesima, secondo cui la legittimità può essere stabilita o esclusa. Non potrebbe essere il caso di applicare la *lex fori* considerando la prova come parte del diritto processuale, perchè siccome essa tende a stabilire il fatto generatore del rapporto giuridico, o ad escluderlo, così l'ammissibilità di un dato mezzo di prova è strettamente connessa con la questione di stato personale, ed è chiaro, che debba essere assoggettata alla stessa legge,

a cui lo stato personale deve essere soggetto. Conseguentemente nell'ipotesi che dinanzi al tribunale di uno Stato si discuta intorno alla legittimità di uno straniero, non può essere reputato contro l'ordine pubblico territoriale, che il magistrato ammetta un dato mezzo di prova riconosciuto dalla legge personale straniera, che deve governare l'azione, onde stabilire o contestare la legittimità, non ostante che quel dato mezzo di prova non sia consentito secondo la legge territoriale.

711. Sarebbe al certo da reputarsi immorale il concedere ad un cittadino dello Stato d'invocare la legge estera (supposto che all'estero fosse avvenuta la nascita del figlio o il matrimonio tra i genitori di lui), onde stabilire a norma di essa il rapporto di filiazione legittima di fronte alla legge del proprio paese. Ciascun legislatore a fine di assicurare l'ordinamento della famiglia e la condizione civile di quelli, che ad essa appartengono, non solo fissa in modo certo e sicuro chi sia figlio legittimo e chi illegittimo, ma, per provvedere alla tranquillità di tutti, fissa altresì norme sicure circa le condizioni sotto le quali lo stato di legittimità può essere reclamato o contestato. Ora siccome bisogna riconoscere e rispettare l'ordinamento della famiglia in ciascun paese, così come è stabilito dalla legge che lo governa, e siccome i rapporti di famiglia sono la base di ciascuna comunità politica, e le famiglie che a questa appartengono devono rimanere dovunque soggette alla legge, che le governa, così deve ammettersi come regola di diritto comune tra tutti gli Stati civili, che ciascuno di essi debba riconoscere l'autorità delle leggi dell'altro, che concernono i rapporti di famiglia, la condizione e lo stato della medesima, e quanto si riferisce ai mezzi idonei a stabilire lo stato stesso. Conseguentemente non potrebbe essere il caso di invocare la regola *locus regit actum* a fine di giustificare l'applicazione della legge straniera, onde determinare a norma di essa i mezzi di prova atti a stabilire o a contestare la legittimità, nell'ipotesi che la nascita o il matrimonio di cittadini fossero avvenuti all'estero.

712. Le stesse ragioni che abbiamo addotte per escludere l'applicazione della legge territoriale nelle questioni di filiazione legittima militano a riguardo dei mezzi di prova atti a stabilire o a contestare

la legittimità di uno straniero, ed è per questo che sarà necessario di riferirsi in tutto allo statuto personale della famiglia. Si dovrà quindi dar luogo alla prova testimoniale, a quella per documenti e per iscritture, al possesso di stato e via dicendo, secondo che ciascuno di tali mezzi di prova sia ammesso o escluso a norma dello statuto personale.

Come d'altra parte dovrà ad esempio essere esclusa la prova della naturale impotenza, quando, quantunque sia ammessa dalla *lex fori*, secondo la legge personale del marito tale mezzo di prova non potesse essere dedotto a fine di ricusare di riconoscere il figlio, così come non lo può essere rispetto al figlio di un francese a norma dell'art. 313 del Codice francese.

Il Tribunale civile della Senna chiamato a decidere circa la legittimità di un russo ritenne in principio, che lo straniero poteva valersi in Francia dei mezzi di prova ammessi dalla legislazione del paese di lui, e avendo la parte preteso di valersi delle liste di censimento come mezzo di prova, decise a norma del diritto russo, rispetto all'attendibilità della prova fondate sulle liste di censimento come dedotta coll'intendimento di stabilire lo stato civile delle persone (1).

713. Bisogna per altro tener presente anche nel caso che esaminiamo, quello cioè dell'ammessibilità di certi mezzi di prova, l'eccezione che abbiamo sempre fatta a riguardo del riconoscere in uno Stato l'autorità di una legge straniera, che cioè dall'ammettere certi mezzi di prova non ne derivi nessuna offesa all'ordine pubblico ed al diritto pubblico territoriale. Questa non può verificarsi quando i criteri circa l'ordine pubblico a riguardo dell'ammissibilità delle prove sieno fondati su regole diverse nell'uno e nell'altro paese, perchè, siccome abbiamo più volte detto, cotesti criteri devono reputarsi imperativi soltanto rispetto alle persone soggette all'autorità del legislatore. L'offesa può derivare solo nel caso che l'espletamento della prova sia di per sè stesso in opposizione con l'ordine pubblico e con il diritto pubblico territoriale.

---

(1) Trib. civil de la Seine, 14 mars 1879, CLUNET, *Journal*, 1879, p. 544.

714. Facendo ora l'applicazione di tale regola si deve ammettere che, qualora a norma dello statuto personale fosse concesso al marito, allegando la sua impotenza naturale, di disconoscere il figlio, tale mezzo di prova non potrebbe essere escluso, supposto che egli volesse darla dinanzi al Tribunale francese o a quello italiano.

Il Codice civile francese (art. 313) e quello italiano (art. 164) escludono tale mezzo di prova per contestare la legittimità. Riconosciamo che le ragioni in virtù delle quali tale mezzo di prova ha potuto essere escluso sono state pure quelle di prevenire lo scandalo, opiniamo però che principalmente vi abbiano influito le considerazioni dell'incertezza della prova in una controversia tanto grave.

Non ci sembra per altro che l'ordine pubblico sarebbe turbato ammettendo la prova dell'impotenza secondo la legge straniera. Si tratterebbe infatti di rapporti di una famiglia straniera; ora non si può fare a meno di ammettere in principio, che la sola legge straniera dovendo essere reputata competente a fissare lo stato delle persone che a quella famiglia appartengono, debba risolversi a norma di essa anche la questione dell'ammessibilità della prova dell'impotenza. Non si può poi d'altra parte sostenere che l'espletamento di tale mezzo di prova possa produrre un'offesa all'ordine pubblico interno. Basta infatti considerare, che la prova dell'impotenza può essere data in Italia a norma della legge italiana nei casi da codesta legge contemplati (come è quello dell'art. 107, che concede la prova dell'impotenza manifesta e perpetua per procurare l'annullamento del matrimonio), e che in Francia neanche può essere assolutamente esclusa, nel caso che si voglia ottenere l'annullamento del matrimonio a cagione dell'impotenza, che secondo gli scrittori può essere considerata come una causa di errore sulla qualità della persona.

Nulla può quindi ostare a che tale prova sia espletata per un fine diverso contemplato dalla legge straniera, in una questione di stato che concerne le persone a codesta legge soggette. Noi non ci troviamo in questo d'accordo con Laurent, il quale attribuisce alla disposizione dell'art. 313 del Codice civile francese l'autorità dello statuto reale, e ritiene che non si possa dar luogo in Francia alla

prova dell'impotenza secondo lo statuto personale del marito straniero, perchè ciò offenderebbe la moralità (1).

715. Gli stessi principii dovrebbero valere nell'ipotesi, che l'azione di disconoscimento per parte del marito fosse fondata sulla circostanza dell'adulterio, e che fosse diversa la legge personale di lui, e quella del paese in cui seguisse il giudizio, a riguardo delle norme circa l'ammessibilità di tale mezzo di prova. Le disposizioni di una legge straniera diversa dalla legge territoriale a riguardo del disconoscimento del figlio per causa di adulterio possono essere applicate senza veruna offesa dell'ordine pubblico, perchè le presunzioni più o meno gravi sancite dal legislatore straniero per prevenire l'introduzione di estranei nella famiglia, e i mezzi di prova a questo fine da esso reputati idonei, possono essere ammessi senza offesa dell'ordine pubblico, quando mirino a stabilire o a contestare lo stato delle persone soggette alla legge estera, tuttochè i criteri accettati dal legislatore straniero a riguardo del sistema delle prove, siano diversi da quelli accettati dal legislatore del paese ove segue il giudizio.

716. Il modo ordinario con cui si prova la filiazione legittima è l'atto di nascita, e per quello che concerne l'efficacia di tale documento, avuto riguardo alla forma, con la quale dev'essere redatto, bisognerà tener presente i principii esposti innanzi circa gli atti di stato civile. Ogni qual volta che l'interessato presentasse l'atto di nascita e la controversia sorgesse non sul valore di tale documento come prova conclusiva della filiazione, ma sulla sua forma strumentale, si dovrebbe tener presente la regola: *locus regit actum*, onde decidere della virtù e forza del medesimo. Noi richiamiamo a questo proposito quanto fu già detto innanzi (2).

Alcune leggi dispongono che la legittimità dei figli non possa essere contestata pel solo pretesto della mancanza dell'atto di nascita, ma che in luogo di questo titolo possa bastare il possesso continuo dello stato di figlio legittimo. Così è secondo la legge francese (art. 320 del Codice civile); la legge italiana (art. 171 Codice civile); quella

(1) Laurent, *Droit civil intern.*, t. V, § 244, pag. 513.
(2) Vedi il vol. I, cap. IX, *Degli atti dello stato civile*, pag. 512.

olandese (art. 316) ed altre leggi. Ora non si può dubitare che bisogni riferirsi alla legge regolatrice dei rapporti di famiglia per decidere se il possesso di stato possa supplire all'atto di nascita e per determinare le condizioni da cui codesto possesso può risultare.

717. La difficoltà a tale riguardo può sorgere nell'ipotesi contemplata dall'art. 322 del Cod. civ. francese, al quale è conforme l'art. 173 del Cod. italiano, i quali dispongono che « nessuno possa reclamare uno stato contrario a quello che gli attribuiscono l'atto di nascita di figlio legittimo, ed il possesso conforme al medesimo, e parimente che non si possa muovere controversia a riguardo dello stato legittimo di colui, che abbia un possesso conforme all'atto della sua nascita ». Qualora in Francia o in Italia si volesse contestare lo stato di figlio legittimo ad uno straniero, il quale fosse dichiarato tale nell'atto di nascita da esso esibito, e che avesse inoltre il possesso di stato di figlio legittimo, supposto che secondo lo statuto della famiglia non fosse ammesso il possesso di stato come prova conclusiva della legittimità, o che fosse concesso di contestarlo con prove contrarie, dovrà farsi luogo alla prova a norma dello statuto personale non ostante il formale divieto sancito dalla legge territoriale? L'ammettere l'autorità della legge straniera per contestare dinanzi ai tribunali francesi o italiani lo stato di uno, che abbia il possesso di stato di figlio legittimo conforme al suo titolo costituito dall'atto di nascita, dovrà reputarsi contro l'ordine pubblico interno a cagione del divieto contenuto nei citati articoli del Codice francese e del Codice italiano?

A primo aspetto potrebbe sembrare, che, trattandosi di questioni che concernono l'ordinamento della famiglia, si dovesse applicare in tutto la legge straniera regolatrice dei rapporti di famiglia, dovendosi decidere a norma di essa esclusivamente chi debba essere reputato legittimo e chi illegittimo. Conseguentemente si dovrebbe ammettere la prova contraria a norma della legge estera, non ostante il divieto della legge territoriale, perchè tale prova tenderebbe a stabilire o a contestare lo stato di uno straniero. Dobbiamo non pertanto osservare, che la disposizione contenuta nel Codice francese, e quella conforme che si trova nel Codice italiano mirano direttamente a tutelare il diritto sociale, e la buona fede pubblica, ed a garentire i terzi,

i quali hanno diritto di riposare tranquilli sul fatto giuridico della legittimità, allorchè questa risulti non solo dall'atto di nascita, che ha in sè stesso la presunzione della veracità come atto documentale, ma altresì dal possesso di stato conforme a codesto atto, il quale, quando sia continuo e costante, vale pure a stabilire una presunzione incontrastabile della filiazione. Il concedere, che un siffatto complesso di elementi armonici in favore della legittimità potesse essere distrutto con mezzi di prova contrarii contemplati dalla legge straniera, equivarrebbe ad offendere la coscienza pubblica, la buona fede e gl'interessi sociali. Ci sembra quindi che alle disposizioni mentovate debba essere attribuita l'autorità dello statuto reale.

Tale opinione noi sosteniamo sopra tutto nell'ipotesi che l'uno o l'altro dei due elementi, vale a dire la nascita iscritta nei registri dello stato civile, o il possesso di stato conforme all'atto di nascita, sia stato posto in essere sul territorio, ove poi sia stata promossa l'azione giudiziaria per contestare lo stato; perchè il fatto giuridico dell'avere iscritto l'atto di nascita nei registri dello stato civile e dell'avere poi confermata la veracità di tale titolo attribuendo al figlio la legittimità col possesso di stato avvenuto in altro paese, o il fatto giuridico dell'avere sul territorio posti i fatti e le circostanze da cui risulti il possesso di stato in conformità dell'atto di nascita fatto altrove, renderebbe più certa e più sicura l'applicazione della legge territoriale, a fine di escludere in virtù di essa qualunque diritto di muovere controversia sulla legittimità.

718. Vogliamo inoltre soggiungere, che, quantunque del valore del possesso di stato per stabilire la legittimità si debba in massima decidere a norma dello statuto della famiglia, pur tuttavia ci sembra di potere ammettere, che, quando il possesso di stato di figlio legittimo si sia verificato sotto l'impero della legge territoriale, ed abbia tutti i caratteri che secondo essa sono richiesti per stabilire la legittimità, possa lo straniero valersi opportunatamente della disposizione della legge territoriale, a fine di stabilire mediante essa la sua filiazione legittima fino a prova contraria. Questo noi sosteniamo perchè riteniamo la disposizione dell'art. 320 del Codice civile francese, e degli altri Codici che la riproducono, ispirata al

concetto di tutelare la coscienza pubblica, la buona fede ed il diritto sociale attribuendo al fatto giuridico apparente la forza ed il valore stesso che sono attribuiti al diritto sostanziale e reale. Il legislatore ha avuto ragione di considerare, che, quando due persone unite come marito e moglie abbiano trattato sempre un individuo come loro figlio, e che lo abbiano presentato pubblicamente come tale; quando egli abbia portato sempre il nome del padre, e questi in tale qualità abbia provveduto all'educazione di lui, lo abbia riconosciuto costantemente come suo figlio in società, tali circostanze prese nel loro complesso devono essere reputate di per sè stesse la più sicura prova della filiazione. Laonde la coscienza pubblica ne sarebbe offesa, se date tali circostanze, non potesse riposare tranquilla sul fatto della legittimità.

719. Con la teoria che sosteniamo in questo punto non intendiamo per altro modificare quello che abbiamo detto innanzi, che cioè si debba decidere secondo lo statuto personale, se lo stato di legittimità possa essere stabilito mediante il possesso di stato: bisogna infatti tener distinto un caso dall'altro. Così ci sembra di dovere ammettere, che, qualora si discutesse ad esempio dinanzi ai tribunali francesi della legittimità di uno straniero, questi non potesse domandare in principio l'applicazione dell'art. 320 del Codice civile francese, supposto che il possesso di stato non fosse ammesso dalla sua legge personale, neanche se fosse il caso di stabilire la sua legittimità a fine di esercitare i diritti successorii in una successione aperta in Francia, sempre per la ragione che nelle questioni di filiazione, che concernono gli stranieri, i tribunali francesi, devono applicare la legge straniera e non già quella francese. Ma se i fatti e le circostanze dei quali secondo la legge francese si può ritenere stabilito il possesso di stato si fossero verificati in Francia, lo straniero potrebbe opportunamente invocare la disposizione dell'articolo 320, ed i tribunali francesi, senza preoccuparsi di quello che disponesse la legge straniera, dovrebbero ritenere il possesso costante dello stato di figlio legittimo sufficiente a stabilire la legittimità, perchè nell'ipotesi da noi contemplata sarebbe il fatto giuridico avvenuto in Francia, quello che legittimerebbe di per sè stesso l'applicazione della legge territoriale

§ 2°

Della prole nata fuori di matrimonio.

720. Della condizione giuridica del figlio naturale secondo le leggi di varii Stati. — 721. Non sono conformi i sistemi legislativi circa ai modi legali per constatare la paternità, o la maternità naturale. — 722. Sono pure diverse le disposizioni a riguardo dei figli che possono essere riconosciuti, ed ai diritti ai medesimi attribuiti. — 723. Come siano inevitabili i conflitti di leggi e come debba essere stabilito il principio per risolverli. — 724. La capacità per fare validamente l'atto di riconoscimento deve dipendere dallo statuto personale del genitore. — 725. Come debba determinarsi la capacità del figlio ad essere riconosciuto. — 726. Il diritto del medesimo d'impugnare il riconoscimento deve essere retto dalla legge personale di lui. — 727. Si esamina la controversia se il riconoscimento del figlio adulterino fatto dal padre straniero, secondo la propria legge che lo permetta, possa essere efficace in Francia o in Italia. — 728. Uno straniero non può riconoscere il suo figlio adulterino nell'atto di nascita fatto in Francia o in Italia. — 729. Si esamina la controversia se il riconoscimento del figlio naturale fatto all'estero nel medesimo atto da uno straniero coniugato e da una donna libera francese o italiana possa essere efficace rispetto alla madre in Francia o in Italia. — 730. Si esamina se un italiano coniugato, in base al giuramento a lui deferito all'estero, a fine di stabilire la paternità, possa essere tenuto a prestare gli alimenti al suo figlio adulterino. — 731. Della filiazione naturale stabilita con sentenza giudiziaria. — 732. Legge da cui dev'essere retto il diritto di dare la prova della paternità. — 733. L'ammissibilità dell'azione dev'essere governata dallo statuto personale dello straniero. — 734. Esame critico della giurisprudenza contraria. — 735. Uno inscritto nei registri dello stato civile come francese o italiano, non può essere ammesso in Francia o in Italia a dare la prova della paternità del genitore straniero. — 736. Uno, naturalizzato francese o italiano, non può istituire le indagini sulla paternità del di lui genitore straniero in Francia o in Italia. — 737. *Quid juris* se esso le istituisse nella patria del di lui genitore? — 738. La sentenza giudiziaria straniera, che dichiari la paternità naturale, può produrre certi effetti nella patria di colui che fu dichiarato padre? — 739. Si esamini la fattispecie di un francese di cui sia stata dichiarata in Austria la paternità naturale con sentenza di tribunale austriaco. — 740. Si può invocare sempre la propria legge personale, onde dedurre che lo stato civile di filiazione naturale non possa essere altrimenti stabilito, che in conformità della medesima. — 741. Si riassume la teoria. — 742. Come

i principii esposti debbono essere applicati a riguardo delle indagini sulla maternità. — 743. Si esamina la controversia se il possesso di stato possa essere efficace a stabilire la filiazione naturale. — 744. Caso eccezionale nel quale il possesso di stato giudiziariamente stabilito può equivalere a confessione giudiziaria rispetto al padre naturale. — 745. Forma del riconoscimento. — 746. Effetti del riconoscimento valido. — 747. Del mutamento di cittadinanza posteriore all'avvenuto riconoscimento.

720. Il figlio nato dal commercio di due persone, le quali non erano unite in matrimonio all'epoca del concepimento di lui è reputato illegittimo.

Le leggi di molti Stati gli attribuiscono ad esso sotto certe determinate condizioni lo stato di figlio naturale, ed alcune di esse ammettono, che esso segua la condizione della madre, altre concedono al padre e alla madre, di potere stabilire, rispetto al medesimo, il rapporto giuridico di paternità o di maternità naturale, e conseguentemente gli attribuiscono la filiazione paterna o la materna secondochè il padre o la madre lo abbia riconosciuto.

Altre leggi invece non ammettono che non si possa giuridicamente constatare la filiazione illegittima in maniera da attribuire al figlio naturale lo stato giuridico come tale, e il complesso dei diritti che dalla filiazione naturale derivano. Così è secondo la *Common-law*, la quale non consente che lo stato di filiazione naturale possa essere giuridicamente stabilito, e considera il figlio nato fuori del matrimonio *filius nullius* o *filius populi*, per lo che non concede di constatare la filiazione naturale giuridicamente col riconoscimento o colla prova della paternità, ma ammette soltanto, che colui, che sia indicato come padre del figlio naturale, e che non possa escludere la prova, da cui risulti essere egli probabilmente l'autore del figlio nato, debba essere tenuto a provvedere alle spese del mantenimento, onde sgravarne le parrocchie, che sono a ciò obbligate, quando non si possa trovare un padre probabile. In questo sistema di leggi il figlio naturale non ha uno stato giuridico, da cui derivino diritti rispetto al padre o rispetto alla madre. L'obbligo stesso imposto al padre *putativo* di provvedere al mantenimento è temporaneo; esso infatti dura, fino a tanto che il figlio non abbia raggiunto l'età di tredici o di

sedici anni, e consiste nel pagare fino a tale età una determinata somma per settimana, secondochè sia stato stabilito dalla Corte (1).

Un diritto quasi uniforme è quello che vige in Svezia, in Norvergia ed in Danimarca, ove pure, secondo codesto diritto, il figlio naturale non ha uno stato giuridico, e diritti rispetto al padre, nè questi dichiarandosi padre ne acquista rispetto al figlio. La legge provvede solamente a regolare l'obbligazione naturale di nutrire il figlio e di provvedere al mantenimento di lui, ed impone quest'obbligo principalmente alla madre (2). Questa può chiamare a contribuire il padre, e, se questi neghi di essere tale, può deferirgli il giuramento. In Norvegia non è neanche necessario, come è in Danimarca, ed in Svezia, di far prestare tale giuramento dinanzi al magistrato; la madre può imporre al preteso padre di giurare dinanzi all'autorità amministrativa.

In Svezia, quando il padre confessa la sua paternità l'autorità amministrativa, o il tribunale fissa la parte per la quale esso deve contribuire al mantenimento in concorrenza con la madre. Tale obbligazione dura fino a quindici anni in Norvegia (3): in Danimarca, nei casi ordinari, fino a quattordici anni: ed in Svezia fino a che il figlio non sia in grado di provvedere da sè stesso ai proprii bisogni.

Il padre, che abbia confessata la sua paternità, non ha neanche il diritto di dirigere l'educazione del figlio a preferenza della madre. In Svezia questa è una questione controversa, ma negli altri due paesi scandinavi il padre, assumendo pure le spese dell'educazione, non può avocare a sè il diritto di regolarla senza il consenso della madre, supposto che questa prenda cura conveniente del figlio (4).

È meritevole di essere notato, che, quando risulti o sia provato che la madre abbia avuto rapporti con varie persone, secondo il diritto degli Stati scandinavi, l'obbligo di provvedere al mantenimento deve essere ripartito tra tutti coloro che abbiano avuto rapporto, e ciascuno deve in proporzione contribuire.

---

(1) STEPHEN, *Commentaries of english law*, t. II, pag. 296-300.
(2) Legge del 1° agosto 1821 e del 6 giugno 1863, § 4.
(3) Legge del 6 giugno 1863, § 4.
(4) Ordinanza del 30 maggio 1794 e Legge del 1821, § 6.

Dalle quali cose risulta chiaro, come secondo il diritto vigente in Inghilterra e negli Stati scandinavi la filiazione illegittima non attribuisca lo stato giuridico della filiazione naturale, ed i diritti che ad essa sono annessi.

721. Nei paesi nei quali sono in vigore le leggi, che attribuiscono al figlio naturale uno stato giuridico come tale, e diritti determinati rispetto a coloro che sieno riconosciuti legalmente come padre o madre, una notabile diversità si trova pure, e per quello che concerne i modi legali idonei a constatare la paternità o maternità naturale, e per quello che concerne le persone rispetto alle quali tale rapporto può essere giuridicamente stabilito, e per quello che concerne i diritti che dallo stato civile di filiazione naturale possono derivare.

Il rapporto di filiazione naturale così come quello di filiazione legittima è effetto della natura e proviene dal fatto della generazione. Esso però non diventa rapporto giuridico efficace ad attribuire lo stato civile, se non quando la paternità o la maternità sia legalmente constatata. Il modo più generale è quello del riconoscimento per parte del padre o della madre, i quali dichiarino liberamente e spontaneamente di avere generato una determinata persona. Alcune leggi non ammettono altro modo per constatare la filiazione naturale tranne quello del riconoscimento fatto dal padre e dalla madre tanto congiuntamente, che separatamente, ed è così secondo il Codice francese ed il Codice italiano, i quali non consentono le indagini sulla paternità, fuorchè nei casi di ratto o di stupro violento, quando il tempo nel quale siano avvenuti risponda a quello del concepimento. Rispetto poi alla maternità, ambedue i Codici, non escludono assolutamente le indagini, ma le ammettono sotto certe condizioni, le quali sono contemplate dall'articolo 190 del Codice italiano e 341 del Codice francese.

Le leggi di altri paesi ammettono in vece, che lo stato civile di filiazione naturale possa essere stabilito mediante la prova data, e quindi non escludono le indagini sulla paternità e sulla maternità naturale. Così è secondo il Codice prussiano (art. 618), il Bavarese (parte 1ª, CIV), l'austriaco (art. 163), ed altri non pochi. Quello della Luigiana ammette la ricerca della paternità in favore soltanto dei figli

liberi del colore ordinario generati da padre del medesimo colore, e in favore dei figli liberi di colore scuro, quando il padre che cercano sia esso pure di colore scuro.

722. A riguardo delle persone poi, rispetto alle quali può essere stabilito il rapporto di paternità o di maternità naturale, la principale differenza tra le leggi consiste in questo, che alcune non vietano di stabilire tale rapporto anche rispetto al figlio adulterino o incestuoso, altre, come la legge nostra e la francese, vietano assolutamente di riconoscere il figlio adulterino o l'incestuoso.

Per quello finalmente che concerne i diritti che derivano dallo stato civile di filiazione naturale, è molto notabile pure la diversità delle leggi dei varii paesi, avendo le une attribuito al figlio naturale tali diritti rispetto al genitore da schiudere ad esso quasi le porte della famiglia legittima. Così ha fatto ad esempio il legislatore italiano, che attribuisce al figlio naturale riconosciuto il diritto di assumere il nome di famiglia del genitore, di ottenere una parte nella successione intestata del medesimo, e di avere altresì un diritto di riserva nella successione testamentaria. Altre invece sono state più rigorose rispetto alla prole illegittima, e così ha fatto il legislatore austriaco, il quale non concede altro al figlio naturale, che il diritto di esigere dal genitore gli alimenti, l'educazione ed il collocamento in proporzione delle sue sostanze, e nega a codesto figlio qualunque diritto di successione, come nega al padre il diritto di patria potestà, ed anche quello di tutela, e gli accorda soltanto quei diritti che sono richiesti dallo scopo dell'educazione a cui deve provvedere.

Nel diritto francese la legislazione intermedia fu larga di favori e di concessioni ai figli illegittimi e la legge del 12 brumaio, anno 2°, li pose quasi alla pari dei legittimi, ma il Codice civile tolse ogni esagerazione, restringendo di molto i diritti dei figli naturali, e inibendo le indagini sulla paternità, che erano ammesse secondo l'antico diritto.

723. Cotesta diversità di sistemi legislativi, e di disposizioni rende molto complicati i conflitti che possono nascere tra le leggi dei diversi paesi a riguardo dell'autorità che ciascuna di esse può avere nello stabilire, se ad una data persona possa essere attribuito lo stato civile di filiazione naturale, e nel determinare i mezzi legali coi quali

tale stato può essere stabilito, e nel precisare poi i diritti che devono essere attribuiti al padre o alla madre ed al figlio in confronto dell'uno e dell'altra.

Noi non possiamo, per determinare la competenza legislativa rispetto a tali controversie, riferirci allo statuto della famiglia, perchè si tratta di prole nata da connubio illecito, e fuori del matrimonio; bisognerà quindi ricercare la legge, alla quale il rapporto di filiazione naturale deve essere soggetto. Cotesto rapporto acquista il suo essere in conseguenza del fatto naturale, di quello cioè della generazione; siccome però esso non diventa rapporto giuridico, se non quando la paternità o la maternità sia legalmente constatata, perciò tutto si riduce a determinare la legge, secondo la quale il rapporto naturale può divenire rapporto civile e giuridico.

In principio si può stabilire, che, siccome la filiazione naturale, giuridicamente constatata, costituisce di per sè stessa uno stato personale nel sistema di leggi che questo ammettono, e siccome tutte le controversie che concernono lo stato personale devono essere rette dallo statuto personale di ciascuno, perciò bisogna riferirsi a questo per decidere se lo stato civile di filiazione naturale possa essere attribuito ad una determinata persona.

Occorre però considerare, che il figlio nato da genitori ignoti, a cagione del non essere stato riconosciuto nè dal padre nè dalla madre, acquista la cittadinanza del luogo ove avviene il nascimento di lui; e che segue poi la condizione della madre, quando questa lo abbia riconosciuto, e sia ignoto il padre, e la condizione del padre quando questi venga a riconoscerlo per figlio. Può bene quindi accadere, che il figlio abbia acquisito una propria cittadinanza, in conseguenza dell'essere nato da genitori ignoti, e che posteriormente la madre voglia riconoscerlo per figlio, o che il padre di lui voglia ciò fare, quando il figlio in conseguenza del riconoscimento per parte della madre abbia acquistata la cittadinanza di costei. Dovrà in tale ipotesi tutto dipendere dalla legge personale del figlio, o da quella del genitore, che voglia riconoscerlo, supposto che l'una sia diversa dall'altra?

Bisogna ritenere come regola, che le condizioni di esistenza e

di validità, sotto le quali può essere stabilita la filiazione naturale, devono essere determinate a seconda della legge personale del genitore. La ragione è perchè unico è il rapporto, il quale stabilisce poi la paternità o maternità, e la filiazione, secondochè si consideri rispetto al padre e alla madre o rispetto al figlio e non può essere il caso di diritti retti da leggi diverse. Bisogna inoltre considerare che la legale constatazione della filiazione naturale vale solamente a convertire il vincolo naturale in vincolo giuridico; essa quindi è dichiarativa, e non attributiva di diritti, e siccome poi, quando la filiazione sia constatata, essa non solo attribuisce lo stato, ma attribuisce in massima altresì al figlio la cittadinanza del genitore di lui, così dovrà ammettersi che la legge personale di ciascheduno dei due genitori che voglia fare l'atto di riconoscimento sia quella, dalla quale deve dipendere l'esistenza e la validità dell'atto stesso, e quindi bisognerà riferirsi allo statuto personale del padre se si tratti di filiazione paterna, e a quello della madre se si tratti di filiazione materna.

724. Per fare validamente l'atto di riconoscimento occorre innanzi tutto che la persona sia capace, e bisognerà riferirsi a riguardo di ciò alla legge personale di ciascuno; laonde se questa attribuisse una capacità speciale per riconoscere un figlio naturale, diversa da quella richiesta per fare validamente gli altri atti giuridici, bisognerà attenersi a quanto essa disponga.

Così, ad esempio, secondo il Codice olandese (art. 337), il minore ha una capacità speciale per fare validamente l'atto di riconoscimento, potendo a 19 anni compiuti riconoscere il figlio naturale. Qualora poi a norma della legge personale non fosse espressamente disposto nulla a tale riguardo, non ci sembra, che si dovessero applicare le stesse norme che si applicano per decidere della capacità di uno straniero a fare qualunque atto civile, ritenendo incapace colui che secondo la legge personale dovesse reputarsi incapace a contrattare o ad assumere obbligazioni, perchè, dovendosi considerare il riconoscimento del figlio naturale come l'adempimento dell'obbligazione naturale, che lega il genitore alla prole, si dovrebbe ritenere sufficiente alla validità di tale atto, che l'autore di esso non mancasse della capacità naturale sufficiente a comprendere il valore dell'atto stesso.

Conseguentemente a noi sembra, che non solo debba essere reputato capace a riconoscere il figlio naturale lo straniero condannato alla morte civile, ma che debba essere reputato tale altresì lo straniero interdetto, sempre che dalle circostanze risulti la lucidità della mente, e la pienezza della volontà al momento in cui egli abbia fatto l'atto di riconoscimento. Questo noi diciamo, perchè se si volessero applicare al riconoscimento le regole generali che si applicano ai contratti e alle obbligazioni giuridiche, l'incapace verrebbe ad essere privato del tutto del godimento del diritto di dichiararsi padre della prole da esso generata. Verrebbe ad esserne privato, perchè non si potrebbe al certo ammettere, che potesse essere attribuito al tutore o a chi rappresentasse legalmente l'incapace, di riconoscere egli in luogo di lui il figlio naturale: nè si potrebbe considerare tra le attribuzioni del tutore compresa quella del mandato legale di riconoscere un fatto personalissimo posto in essere dall'incapace, ed ad esso tutore sotto ogni rispetto estraneo. Riteniamo quindi, che qualora secondo il diritto naturale non si possa contestare ed escludere la capacità dello straniero, che, essendo incapace secondo il diritto civile, voglia riconoscere il figlio naturale, il magistrato debba considerare valido l'atto di riconoscimento.

Giova inoltre tener presente, che, sicome il riconoscimento non può avere effetto, che a riguardo del genitore da cui sia stato fatto, perciò, della capacità del padre e della madre a fare tale atto (nell'ipotesi che l'uno e l'altra siano cittadini di Stati diversi), e dell'efficacia che può avere il riconoscimento fatto da uno di essi, che avesse nell'atto stesso indicato l'altro genitore con o senza l'espresso consenso del medesimo, dovrà essere giudicato, rispetto a ciascuno di essi, a norma del rispettivo statuto personale, e secondo questo solamente dovrà essere decisa la controversia se un figlio naturale così riconosciuto debba avere lo stato come tale, o soltanto qualche diritto determinato rispetto all'altro genitore. Noi svolgeremo meglio questo concetto nell'applicazione che ne faremo in seguito.

725. Noi non possiamo accettare l'opinione da alcuni scrittori manifestata, che per la validità del riconoscimento debba reputarsi necessario che il figlio sia capace di essere riconosciuto, e quindi che

la validità del riconoscimento debba dipendere dalla legge personale del medesimo (1). Il Laurent accenna tale opinione, ma non ne valuta la difficoltà, perchè ritiene che lo statuto personale del figlio si confonda con quello del padre e della madre di lui, mentre può bene accadere che il figlio abbia acquistata una cittadinanza propria colla nascita, e concedendo pure che egli debba seguire la condizione del genitore, quando questi lo abbia riconosciuto, se per decidere della validità del riconoscimento tutto dovesse dipendere dallo statuto personale del figlio, si potrebbe verificare il caso, che il riconoscimento non potesse aver luogo a cagione del divieto sancito secondo lo statuto personale del figlio, che abbiamo supposto avere una cittadinanza diversa dal padre, che lo volesse riconoscere. Così si dovrebbe ammettere che uno inscritto nei registri dello stato civile come francese, in conseguenza dell'essere nato in Francia da genitori ignoti, non potesse essere riconosciuto nella Germania da un prussiano, ad es., coniugato, perchè la legge francese (art. 335) vieta il riconoscimento in favore dei figli adulterini.

A noi sembra invece di dovere osservare, che per l'efficacia del riconoscimento non è richiesto l'assenso del figlio, così come è richiesto per l'adozione. Può infatti il genitore fare l'atto di riconoscimento anche contro la volontà del figlio, salvo il diritto spettante a questi d'impugnarlo per vizii sostanziali o di forma; che perciò lo statuto personale del figlio non può esercitare influenza sulle condizioni richieste per la validità del riconoscimento per parte del genitore.

726. Possiamo solo concedere, che, se il figlio avesse colla nascita acquistata una cittadinanza propria, il diritto spettante a lui d'impugnare il riconoscimento dovrebbe essere retto dalla sua legge personale, vale a dire da quella dello Stato di cui egli acquistò la cittadinanza colla nascita. La ragione è, perchè, dovendo tale diritto essere reputato come un diritto personale del figlio, questi dovrebbe goderne secondo la legge dello Stato in cui nacque, e che deve proteggerlo. Anche ammettendo, che il riconoscimento valido, abbia l'efficacia di

---

(1) Conf. LAURENT, *Droit civil intern.*, t. V, § 255; DESPAGNET, *Droit intern. privé*, § 370.

attribuire al figlio la cittadinanza del padre, da cui fu riconosciuto, e di mutare quindi lo statuto personale di esso figlio, non si può da ciò dedurre, che le azioni del medesimo per impugnare il riconoscimento per parte del genitore, debbano essere rette dallo statuto personale di questi, perchè è chiaro, che, siccome il mutamento della cittadinanza e dello statuto personale dipenderebbe dalla validità del riconoscimento, e l'azione del figlio tenderebbe, precisamente ad impugnare la validità dell'atto, così dovrebbe essere retta dalla legge personale propria, e non da quella del padre che lo avesse riconosciuto.

727. Partendo da questi concetti se ne può dedurre, che un figlio nato in Francia o in Italia, e inscritto nel registro dello stato civile come francese o italiano, qualora fosse riconosciuto qual figlio naturale dal padre straniero coniugato, la di cui legge ammettesse valido il riconoscimento anche rispetto al figlio adulterino, acquisterebbe in virtù di tale atto i diritti di figlio naturale secondo la legge personale del padre, sempre per la considerazione che si deve decidere a norma della medesima della validità dell'atto di riconoscimento. Nessun dubbio potrebbe essere sollevato nell'ipotesi che l'atto di riconoscimento fosse stato fatto dal genitore nel suo paese e che si disputasse ivi dell'efficacia del medesimo, perchè, avendo supposto che il riconoscimento del figlio adulterino non fosse inibito secondo la legge personale del genitore, non si potrebbe a meno di ritenerlo valido nella patria di lui.

La difficoltà, che può nascere, è questa, se cioè il riconoscimento debba essere reputato valido di fronte al diritto francese, o al diritto italiano, supposto che colui, a vantaggio del quale il riconoscimento fosse stato fatto, si trovasse già iscritto nei registri dello stato civile come francese o come italiano pel dato e fatto dell'essere egli nato da genitori ignoti.

A primo aspetto può sembrare, che debba ammettersi la negativa per la considerazione che la legge, la quale inibisce il riconoscimento dei figli adulterini, è ispirata evidentemente a gravi motivi di pubblica morale.

Non si è voluto infatti permettere che potesse essere legalmente constatato, che una persona coniugata avesse violato quei doveri

che derivano dalla fede coniugale, e che sono la garanzia indispensabile dell'ordine della famiglia. Come disse Pigot-Préameneu esponendo il motivo del divieto, il riconoscimento di un figlio adulterino o incestuoso sarebbe da parte del padre o della madre la confessione di un reato. È chiaro, che, dando forza giuridica alla dichiarazione del genitore ne resterebbe offesa la coscienza pubblica.

Per le quali considerazioni tutte, volendo tacerne altre, si deve ammettere indubbiamente, che la proibizione sancita dal legislatore francese e dall'italiano è stata motivata dal rispetto dovuto alla pubblica morale. Ora pel generale principio che nessuna legge straniera può avere autorità sul territorio di uno Stato, quando ne restino lesi i principii di ordine pubblico secondo il diritto territoriale, si potrebbe dedurre, che il riconoscimento del figlio adulterino fatto dal genitore straniero in conformità della legge personale di lui deve essere inefficace in Francia o in Italia.

In senso contrario si può per altro osservare, che i precetti sanciti dalla legge francese rispetto all'ordinamento della famiglia devono reputarsi imperativi soltanto a riguardo delle persone soggette all'autorità del legislatore: che questi non può avere alcun interesse di applicare le proprie leggi alle famiglie straniere: che non può pretendere di attribuire ai concetti secondo l'ordine morale da esso accettati come base della propria legislazione un'autorità in tutte le parti del mondo; che in un altro sistema di leggi, in conseguenza di concetti diversi prevalsi circa l'ordinamento della famiglia e circa l'adempimento dei doveri morali, ha bene potuto accadere, che il legislatore abbia sancito regole diverse a riguardo dell'obbligo giuridico del padre, e che il rispettare le leggi straniere fatte per le persone ad esse soggette non si può ritenere in principio contro l'ordine pubblico territoriale.

Bisogna infatti tener presente, che nel sistema delle leggi germaniche, così come in quello della legge austriaca, il rapporto di filiazione naturale non vale a stabilire uno stato civile, da cui derivino a vantaggio del figlio diritti rispetto alla famiglia. I diritti del figlio sono infatti limitati ad esigere dal padre gli alimenti, l'assistenza, e l'educazione in proporzione delle sostanze di lui. Codesto diritto di essere alimentato dall'autore dei propri giorni deriva vera-

mente dalla legge di natura, e secondo questa, non si può fare differenza tra il figlio nato da un uomo libero e quello che ebbe la vita da uno coniugato. Ambedue hanno diritto di essere alimentati dall'autore dei loro giorni, laonde non si può sostenere, che il legislatore, il quale abbia convertito tale dovere naturale in dovere giuridico rispetto a tutti i figli nati fuori del matrimonio, compresi pure gli adulterini e gli incestuosi, abbia violato i principii della morale. Si può invece ammettere, che essendosi esso inspirato a diversi concetti d'ordine morale, sia arrivato a sancire diverse regole. Così ha potuto aver ragione di considerare essere una colpa l'adulterio, essere pure punibili i suoi autori, ma non essere punibile il figlio frutto della colpa, doversi anzi reputare immorale il lasciare codesto infelice senza protezione legale rispetto a coloro che dettero ad esso la vita, e quindi ha potuto imporre al padre l'obbligo di alimentare la prole adulterina, adempiendo spontaneamente a tale dovere mediante il riconoscimento, e concedere al figlio il diritto di costringerlo ad adempierlo mediante la prova della paternità o della maternità.

Ritenendo il principio, che noi abbiamo stabilito, che il riconoscimento sia un atto che emana esclusivamente dal suo autore, e che non richiede il concorso o l'assenso del figlio, ne deriva, che le condizioni della validità di esso devono essere valutate secondo la legge personale del genitore. Ora ci sembra di dover sostenere, che il riconoscimento, da parte di un prussiano coniugato, del figlio che era stato inscritto nei registri dello stato civile francese, come nato da genitori ignoti, debba essere efficace onde attribuire in Francia lo stato di filiazione naturale secondo il diritto prussiano, e tutti gli effetti che derivano dall'atto secondo di quella legge. Non possiamo concedere che l'ordine pubblico possa reputarsi turbato in Francia ammettendo le conseguenze giuridiche secondo la legge prussiana di un fatto giuridico posto in essere sotto l'impero della medesima, non ostante che codesta legge sia fondata su principii d'ordine morale diversi da quelli accettati dal legislatore francese. Quale interesse vi può essere a regolare con la legge francese i rapporti tra un prussiano e suo figlio? Non varrebbe addurre gli argomenti svolti nell'esposizione dei motivi, che giustificarono il divieto

sancito nell'art. 335 del Codice francese, perchè essi militano in favore dell'escludere il riconoscimento del figlio adulterino da parte di un francese, ma non in favore dell'imporre i precetti della legge francese ad un prussiano. Ogni legislatore provvede all'organizzazione della famiglia, e a regolare i rapporti personali tra i cittadini, coi criterii che esso reputa preferibili, e il riconoscere l'autorità di una legge straniera inspirata a principii d'ordine pubblico diversi non si può riguardare in massima contro l'ordine pubblico interno.

728. Possiamo soltanto concedere, che, se il padre prussiano volesse riconoscere il figlio nell'atto di nascita, che si facesse in Francia, e pretendesse che l'ufficiale dello stato civile inscrivesse in codesto atto la dichiarazione da esso fatta di essere coniugato e padre del figlio naturale da lui indicato, l'ufficiale di stato civile potrebbe rifiutarsi di ricevere tale dichiarazione, perchè il fatto giuridico che si vorrebbe porre in Francia, quello cioè di constatare giuridicamente la filiazione adulterina, potrebbe ritenersi in opposizione con la legge territoriale, che per ragione di ordine pubblico inibisce di farlo. Questo, del resto, diciamo a solo fine di giustificare il rifiuto da parte dell'ufficiale, se esso rifiutasse; ma bisognerebbe pure ammettere, che, se il riconoscimento fosse stato fatto nell'atto di nascita da un prussiano coniugato, che non avesse indicato la sua qualità, o se fosse stato fatto indicando la qualità di coniugato o nell'atto di nascita o con atto separato, dovrebbe sempre applicarsi la legge prussiana onde decidere della validità del medesimo, e non potrebbe essere certamente il caso d'invocare la regola *locus regit actum*, perchè questa non può avere autorità nelle questioni che concernono il contenuto degli atti fatti da stranieri, e le condizioni sostanziali per la validità dei medesimi.

729. Vi possono per altro essere casi nei quali il dare effetto al riconoscimento del figlio naturale, valido secondo la legge estera, può incontrare l'ostacolo della lesione delle leggi di ordine pubblico territoriale.

Supponiamo che un prussiano coniugato riconosca il figlio da lui generato con una donna libera francese o italiana, e che faccia tale riconoscimento nell'atto di nascita fatto in Prussia indicando nel-

l'atto stesso la madre coll'assenso anteriore o posteriore della medesima. Sarà tale atto efficace a stabilire la maternità di fronte al diritto francese o al diritto italiano?

Una donna francese può riconoscere all'estero il figlio naturale sotto le condizioni però stabilite dal Codice francese. Essa non può quindi in nessun caso riconoscere il figlio nato da commercio adulterino o incestuoso, ed invano invocherebbe la legge del paese straniero ove fosse avvenuta la nascita, o ove essa avesse fatto l'atto di riconoscimento, a fine di fondare su di essa la sua pretesa di attribuire validità al riconoscimento del figlio adulterino, perchè le leggi che concernono lo stato delle persone accompagnano all'estero i cittadini, ed a questi non lice mai invocare leggi straniere onde derogare alle loro leggi nazionali. Ora siccome il riconoscimento da parte di un prussiano coniugato sarebbe valido, questo impedirebbe che l'indicazione della madre fatta nell'atto di nascita col consenso di lei, potesse equivalere al riconoscimento della maternità rispetto alla donna francese, perchè equivarrebbe a stabilire la filiazione di uno nato da commercio adulterino, lo che non è ammissibile secondo la legge vigente in Francia.

Non gioverebbe addurre, che essendo la nascita del figlio avvenuta nel territorio prussiano, ed essendo il riconoscimento, fatto simultaneamente nell'atto di nascita dal padre e dalla madre, valido rispetto all'uno e rispetto all'altra secondo la legge prussiana, tale dovesse reputarsi pure a tutti gli effetti di fronte al diritto francese, perchè in contrario sta che il riconoscimento valido secondo la legge prussiana, può produrre tutti gli effetti, anche in Francia, ma rispetto soltanto al padre prussiano, e non già rispetto alla madre, che abbiamo supposta francese; che il riconoscimento a riguardo dell'uno e dell'altro dei due genitori, dovendo essere valutato a norma della legge personale di ciascuno di essi, nulla può impedire, che debba ritenersi valido per tutti gli effetti secondo il Codice prussiano rispetto al padre prussiano, e non valido rispetto alla madre francese.

Neanche varrebbe addurre, che secondo la giurisprudenza francese l'indicazione della madre fatta dal padre adulterino può ritenersi

valida a stabilire la maternità (1), e dedurre che tale debba reputarsi l'indicazione della madre fatta dal padre coniugato prussiano.

Si deve infatti osservare, che la giurisprudenza francese si è mostrata veramente incerta nel pronunciarsi circa la validità dell'atto di riconoscimento coll'indicazione della madre fatta dal padre adulterino (2), e che ammettendone la validità lo ha fatto per la seguente considerazione, che cioè possa essere stabilita la filiazione materna, anche quando il padre non sia in grado di riconoscere il figlio a cagione del vincolo coniugale, e che la nullità del riconoscimento rispetto a questi non può rendere nullo il riconoscimento per parte della madre, che non sia coniugata: laonde ha potuto ritenere di niuno effetto la dichiarazione fatta dal padre, che importava il riconoscimento del figlio adulterino, ed efficace, a riguardo della maternità, la dichiarazione della madre libera da qualunque vincolo coniugale (3).

Nel caso da noi immaginato questo principio non potrebbe trovare la sua applicazione, perchè, dovendosi ritenere valido il riconoscimento per parte del padre coniugato, in virtù della legge personale di lui, che ammette il riconoscimento del figlio adulterino, e non potendosi scindere l'atto, nel quale fosse stata indicata la madre, perchè esso stabilirebbe simultaneamente la paternità e la maternità, non si potrebbe escludere la condizione di figlio adulterino risultante dall'atto stesso, e rispetto al padre e rispetto alla madre, e questo renderebbe assolutamente nullo il riconoscimento a riguardo della madre francese, in virtù dell'art. 335 che inibisce ai francesi di fare validamente il riconoscimento di un figlio nato dall'adulterio.

730. Nel sistema del Codice civile italiano il riconoscimento del figlio adulterino è pure inibito a norma dell'art. 180; l'art. 193 dispone per altro, che il figlio adulterino può esercitare l'azione per ottenere

---

(1) Conf. Cass. fr. 11 déc 1819; 7 janvier 1852 (*Journal du Pal.*, 1853, I, 45); Dijon, 29 août 1848; Bourges, 12 juillet 1859, *ivi*, 1861, 769. Vedi nota di Labbé alla sentenza della Cassazione del 1861, *ivi*, 1861, 769.

(2) Vedi Cass. 1er mai 1861 (*Journal du Pal.*, 1861, 769; 25 juin 1877, *ivi*, 1878, p. 537).

(3) Vedi sulla questione gli Autori citati nella nota a Cassaz. 25 giugno 1877, antecedente.

gli alimenti, se la paternità o la maternità risulti da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori. Ora vogliamo supporre, che una donna straniera abbia riconosciuto il figlio, dichiarando pure il padre di lui, e che abbia deferito il giuramento a norma della legge estera all'uomo da essa indicato, onde stabilire la paternità del medesimo; che secondo la legge estera la paternità possa essere stabilita con tale procedimento; e che quindi l'autorità competente abbia ritenuto padre la persona dalla donna indicata. Se l'uomo fosse coniugato, la paternità non potrebbe essere stabilita di fronte al diritto italiano, perchè importerebbe filiazione adulterina, e intorno a ciò non può essere sollevato dubbio di sorta. Il dubbio potrebbe sorgere, se il figlio volesse trovare in tale negozio giuridico il fondamento per esercitare l'azione onde ottenere gli alimenti dall'italiano ritenuto così padre di lui.

A noi sembra che neanche questo possa essere ammesso, perchè, dovendo l'azione per alimenti nel caso in parola essere governata dalla legge italiana, essa non potrebbe spettare al figlio, che nella sola ipotesi che la paternità risultasse da esplicita dichiarazione scritta del padre. Ora siccome non può equivalere alla medesima la dichiarazione fatta dall'autorità straniera competente in seguito all'indicazione data dalla madre, perciò non potrebbe essere il caso di ritenere applicabile la disposizione dell'art. 193 del Cod. civile italiano.

La soluzione dovrebbe essere diversa, se nell'atto di riconoscimento fatto all'estero l'italiano coniugato avesse confessato la sua paternità, perchè tale sua confessione non potrebbe valere ad attribuire al figlio la filiazione paterna, a cagione del vincolo coniugale, ma sarebbe efficace a far nascere il diritto agli alimenti in favore del figlio, dovendosi ritenere la confessione nell'atto di riconoscimento come esplicita dichiarazione scritta del genitore.

731. Passiamo ad esaminare la filiazione del figlio naturale stabilita mercè sentenza giudiziaria pronunciata, in seguito alla prova data della paternità o della maternità, in un paese ove tale prova sia consentita dalla legge.

Abbiamo già accennato come le leggi dei diversi paesi dispongano in vario modo a riguardo delle indagini sulla paternità e sulla maternità. Ora dobbiamo esaminare con quale legge debba essere

determinato il diritto di dare la prova, e quale possa essere l'efficacia estraterritoriale di una sentenza con la quale la filiazione paterna o materna sia stata stabilita.

L'azione spettante al figlio di far dichiarare mediante le prove esibite, che quel tale sia suo padre, costituisce evidentemente un suo diritto personale. Bisogna quindi ammettere, che quando il figlio abbia acquisito tale diritto, questo debba essere apprezzato in principio in conformità della legge sotto di cui fu da lui acquistato. Conviene quindi innanzi tutto determinare quale sia la legge da cui deve dipendere l'acquisto del diritto.

Bisogna poi considerare, che ogni legge, la quale vieti o permetta le indagini sulla paternità è basata su gravi motivi di ordine pubblico, e che mira a tutelare l'ordinamento della famiglia, e i principii morali che ciascun legislatore ha inteso porre a fondamento della medesima. Troviamo anche in questo che tutto può dipendere dal diverso modo d'intendere i mezzi più idonei a raggiungere l'istesso scopo. Così un legislatore ha potuto convincersi che dall'obbligare quelli che generano nella colpa a soddisfare ai doveri, che la natura stessa impone verso la prole, può derivarne un qualche freno ai connubi illeciti, potendo ciò servire a diminuire le procreazioni illegittime da parte di coloro che non volessero poi sopportarne i pesi. Un altro legislatore ha potuto invece convincersi essere meglio e più morale di non mettere in evidenza la colpa, e più consentaneo all'ordine della famiglia di non aprire la via a suscitare processi scandalosi, eccitando le persone a ciò fare mediante le indagini sulla paternità; e che, essendo la generazione un fatto avvolto nel mistero, e molto difficili ed incerte le prove, sia meglio lasciare a ciascuno di adempiere secondo coscienza ai proprii doveri naturali. Chi può dimostrare quali delle due convinzioni sia la meglio fondata, e quella che meglio risponda a tutelare i principii morali? Noi troviamo nuovi argomenti per mettere in evidenza quello che fu più volte ripetuto, che cioè nessun legislatore può pretendere al monopolio della morale, e che mirando allo stesso scopo, ma guardando sotto un diverso punto di vista lo stesso principio morale, nei diversi sistemi di legislazione i legislatori hanno sancite regole opposte e contrarie.

732. In ogni modo essendo un fatto, che le leggi sulle indagini della paternità sono diverse e contrarie, dobbiamo pure esaminare, se il diritto a dare la prova della paternità possa essere esercitato in un altro paese, la di cui legge inibisca tali giudizi.

Per quello che concerne la determinazione della legge, da cui deve dipendere l'acquisto del diritto, osserviamo, che non può esercitare a tale riguardo influenza il fatto della nascita in un dato paese, ove sia in vigore la legge che permetta le indagini sulla paternità, perchè, siccome l'azione spettante al figlio tende a stabilire un rapporto personale tra lui e quegli che esso pretende che sia stato l'autore dei suoi giorni, e quindi l'oggetto immediato dell'azione è lo stabilire la filiazione del figlio naturale di fronte al genitore di lui, e d'altra parte il figlio deve seguire la condizione del padre, se tende a stabilire la filiazione paterna, o quella della madre, se tende a stabilire la filiazione materna, perciò si dovrà decidere a seconda della legge personale dell'uno o dell'altro genitore, se il figlio da esso generato abbia acquisito il diritto di far dichiarare mediante le prove esibite la sua filiazione.

In virtù di questo principio si deve ammettere, che il figlio nato in Germania o in Austria da un francese o da un italiano, non possa accampare la pretesa di dare la prova della paternità in conformità della legge prussiana o di quella austriaca, perchè il suo diritto a stabilire la filiazione di fronte al padre francese o italiano, dovendo essere retto dalla legge personale del padre, non può essere ammesso stante il divieto sancito coll'art. 340 del Codice francese, e 189 del Codice italiano. Lo potrebbe essere nei soli casi eccezionali dai detti articoli contemplati, e lo stesso dovrebbe dirsi se il figlio volesse provare la maternità rispetto alla madre francese o italiana.

733. A riguardo dell'ammissibilità dell'azione osserviamo, che l'essere le indagini sulla paternità inibite in un dato paese per ragioni d'ordine pubblico non può essere di per sè stesso un motivo sufficiente onde negare ad uno straniero cittadino di un paese la di cui legge permetta la prova della paternità di potere dare utilmente tale prova, supposto che egli tenda a stabilire la sua filiazione rispetto a uno che sia cittadino dello stesso paese straniero. Così, ad esempio, un au-

striaco dovrebbe essere ammesso, a nostro modo di vedere, a dare la prova della sua filiazione rispetto al padre austriaco, supposto che egli ciò volesse fare nel giudizio promosso dinanzi ai tribunali francesi.

Le ragioni in sostegno di tale opinione sono queste, che cioè dall'essere inibite le indagini sulla paternità secondo l'art. 340 del Cod. civ. francese, se ne può dedurre che nessuna persona soggetta all'autorità di detto codice può validamente dare la prova della paternità, ma non si può sostenere che la disposizione del mentovato articolo debba essere applicata anche agli stranieri, e che debba essere negato ai medesimi di promuovere in Francia il giudizio per stabilire la filiazione mediante la prova in conformità della propria legge personale. Non si può ritenere in principio che la sovranità francese possa avere qualche interesse ad applicare agli stranieri le leggi fatte per i cittadini francesi, e neanche si può concedere che dal riconoscere la legge straniera, sulla quale uno straniero voglia fondare il diritto di dare la prova, possa derivare qualche offesa ai principii di ordine pubblico sanciti dalla legge francese. Basti infatti considerare che le indagini sulla paternità erano ammesse secondo l'antico diritto francese, che lo furono parimente, entro più stretti limiti, vigendo la legislazione intermedia, e che, dopo la promulgazione del Codice civile vigente, la prova della paternità può essere pure data nelle circostanze eccezionali contemplate dall'art. 346. Ritenendo pure che il legislatore a fine di tutelare meglio l'ordinamento della famiglia francese abbia stimato necessario di inibire le indagini sulla paternità tra francesi, e che conseguentemente debba reputarsi contro l'ordine pubblico l'ammettere i medesimi a dare la prova della paternità dovrà reputarsi parimente contro l'ordine pubblico, che uno straniero, soggetto alla legge del proprio paese, stabilisca la sua filiazione naturale coi mezzi consentiti dalla propria legge personale? È forse contro l'ordine pubblico che i rapporti personali tra stranieri siano governati dalla legge straniera?

Lo stabilire il proprio stato personale, in conformità della legge a cui la persona è soggetta, non può offendere l'ordine pubblico territoriale. Tanto è ciò vero, che le leggi transitorie hanno riservato il diritto di dare la prova della paternità a coloro, che erano nati vigente

l'antica legge, che permetteva di darla, qualora volessero esercitare l'azione dopo il cominciato vigore della nuova legge, che avesse sancito il divieto. Ora se l'ordine pubblico interno non si può ritenere leso pel fatto di coloro che, avendo acquistato il diritto di dare la prova della filiazione, esercitino tale diritto dopo il cominciato vigore della nuova legge, che inibisca la prova, come potrebbe ammettersi l'offesa dell'ordine pubblico pel fatto di uno straniero, che eserciti il diritto di dare la prova, acquisito secondo la legge straniera, a cui esso rimane soggetto anche quando si trovi in Francia?

734. La giurisprudenza mantiene veramente la teoria contraria. La Corte di cassazione francese nella causa de Civry disse: « la loi étrangère n'est applicable par les tribunaux français qu'autant que sont application n'est pas contraire aux règles qui sont considérées en France comme tenant à l'ordre publique...... que l'art. 340 Cod. Nap. qui prohibe la recherche de la paternité tient essentiellement à l'ordre public », e conseguentemente, non volle ammettere la prova della paternità in virtù della legge straniera, che la permetteva (1).

La stessa massima fu ritenuta dalla Corte di cassazione di Torino causa Fallardi c. Fumagalli. L'art. 189 del Codice civile italiano, essa disse, che proibisce l'indagine sulla paternità naturale, essendo dettato a tutela dell'ordine pubblico e del buon costume rende inammissibile l'azione relativa avanti i tribunali del Regno, non ostante che la medesima sia proposta in base alla legge di altro paese, che non contiene la stessa proibizione (2).

Noi non sappiamo veramente trovare il turbamento dell'ordine territoriale, se un austriaco a norma della legge austriaca, dia la prova della filiazione contro l'austriaco che pretende essere padre di lui. Possiamo concedere, che, se l'istanza tendesse a stabilire la filiazione adulterina, questo dovesse essere vietato assolutamente in Francia o in Italia, perchè siccome si tratterebbe di stabilire giudiziariamente un fatto giuridico che la legge territoriale vieta di stabilire, così si

---

(1) 25 mai 1868, De Civry (*Journ. du Pal.*, 1868, 939).

(2) Sentenza del 29 ottobre 1878 (*Monitore dei Tribunali*, 1879, p. 302), e Corte di Milano, 11 giugno 1877, causa Corbella e Verga c. Caini.

dovrebbe reputare contro l'ordine pubblico il chiamare i tribunali a constatare tale fatto.

735. Gioverà per altro tener presente, che la regola, che noi abbiamo stabilita, può trovare la sua applicazione nella ipotesi che uno straniero volesse istituire un giudizio per dare la prova della paternità dinanzi al tribunale francese, e che l'istanza da lui promossa tendesse a stabilire la sua filiazione rispetto ad uno straniero, dato e supposto che secondo la legge personale di costui, le indagini sulla paternità fossero permesse; ma non si potrebbe applicare l'istessa regola, se il figlio fosse stato già iscritto nei registri dello stato civile come cittadino francese a cagione dell'essere nato in Francia da genitori ignoti. In tale ipotesi, anche volendo supporre che colui, rispetto al quale egli pretendesse stabilire la filiazione, fosse straniero, e che le indagini sulla paternità fossero permesse secondo la legge personale del medesimo, l'istanza del figlio di dare la prova della filiazione paterna contro tale straniero dinanzi ai tribunali francesi non potrebbe essere accolta, perchè s'incontrerebbe l'ostacolo del divieto sancito dell'articolo 340 del Codice civile francese.

Abbiamo già detto, che tale divieto deve reputarsi imperativo rispetto a tutte le persone soggette all'autorità della legge francese, e conseguentemente il figlio, a cui fu attribuita la cittadinanza francese, pel dato e fatto della sua nascita in Francia, dovrebbe sottostare a quanto dispone quella legge. Non varrebbe addurre in contrario, che trattandosi di una quistione di stato personale, e dovendo essa essere risoluta a seconda dello statuto personale del padre, la prova della paternità dovesse essere ammessa, avendo noi supposto che non fosse inibita secondo la legge personale del padre; perchè questo implicherebbe un circolo vizioso. Non potrebbe infatti il figlio fondare il suo diritto sulla legge straniera, se non presupponendo stabilito che esso fosse figlio di colui, contro cui promuovesse la prova della paternità. Si verrebbe in altre parole ad ammettere, che egli potesse fondare il suo diritto all'azione sulla legge straniera, ritenendo già constatata la paternità, che è quello precisamente, che sarebbe l'oggetto dell'azione da lui promossa.

Ogni persona, la quale abbia acquistata la cittadinanza pel fatto

della nascita in uno Stato da genitori ignoti, non può perdere la cittadinanza acquisita, che in conformità della legge. Finchè egli non l'abbia perduta, o non ne abbia acquistata un'altra, deve rimanere soggetto alla legge dello Stato, di cui gli fu attribuita la cittadinanza. Riesce quindi chiaro, che il figlio nato in Francia, e generato da un austriaco o da un prussiano, non può istituire le indagini sulla paternità dinanzi ai tribunali francesi adducendo che il rapporto di filiazione, dovendosi ritenere stabilito col fatto della generazione, ed avendo egli acquisito il diritto di dare la prova di tale fatto secondo la legge personale del padre di lui, egli debba essere ammesso ad esercitare tale suo diritto, perchè il divieto sancito dal legislatore francese, essendo imperativo a riguardo di tutti i cittadini francesi, stabilirebbe un ostacolo insormontabile all'ammissibilità dell'azione.

736. Vogliamo inoltre soggiungere, onde precisare meglio il concetto della teoria da noi sostenuta, che, se lo straniero si fosse naturalizzato francese, non potrebbe essere ammesso, a nostro modo di vedere, a promuovere l'azione dinanzi ai tribunali francesi, affine di far dichiarare la paternità del padre di lui, straniero, in conformità della legge personale del medesimo, perchè riconosciamo anche in tale circostanza l'ostacolo della lesione delle leggi di ordine pubblico. Abbiamo stabilito in principio, che l'acquisto della nuova cittadinanza non può avere effetto retroattivo, quanto a modificare i diritti privati acquisiti, secondo la legge della patria primiera, ma non si può dire lo stesso delle leggi di ordine pubblico dello Stato, alle quali deve rimanere soggetto colui, che abbia acquistato la cittadinanza, così come tutti gli altri cittadini. L'acquisto della cittadinanza francese per parte di uno straniero non muterebbe i rapporti di diritto privato tra il naturalizzato ed il padre di lui straniero, ma, siccome il naturalizzato resterebbe sommesso alle leggi di ordine pubblico, e tale è quella che vieta le indagini sulla paternità, così se ne deve dedurre, che la sua azione non sarebbe più ammissibile.

Sarebbe lo stesso, come se lo straniero naturalizzato, il quale secondo la legge della sua patria primiera aveva il diritto di riconoscere il figlio adulterino, volesse di tale diritto valersi a fine di riconoscere uno da lui generato in conseguenza dell'adulterio, prima

che egli si fosse naturalizzato. Certamente, se avesse ciò fatto prima della naturalizzazione, non si potrebbero disconoscere le conseguenze giuridiche di un fatto legale compiuto secondo la legge della patria primiera, ma il porre tale fatto giuridico il momento dopo che la naturalizzazione francese fosse stata acquistata, sarebbe impossibile, perchè si opporrebbe la legge francese di ordine pubblico, che vieta di constatare la filiazione adulterina, ed alla quale dovrebbe ritenersi soggetto il naturalizzato.

737. Facciamo un'altra ipotesi. Supponiamo che uno il quale sia inscritto nei registri dello stato civile come francese, o che sia naturalizzato tale avesse istituito il giudizio nella patria del padre straniero, e che in seguito alle prove date in conformità della legge estera, la sua filiazione paterna fosse stata dichiarata dal tribunale di quel paese. Sarà tale sentenza efficace in Francia a tutti gli effetti ed a tutte le conseguenze che derivano dalla paternità naturale legalmente constatata? A noi sembra di dovere sostenere l'affermativa, perchè siccome il riconoscimento fatto da uno straniero in conformità della legge personale di lui deve produrre tutti i suoi effetti in Francia o altrove, così deve essere pure del riconoscimento forzato che derivi dalla dichiarazione giudiziaria della paternità a norma della legge personale del padre.

Noi abbiamo sostenuto, che il figlio non potrebbe essere ammesso a istituire le indagini contro il padre straniero, se fosse stato iscritto nei registri dello stato civile come francese, perchè la legge non consentirebbe l'ammissibilità dell'azione in Francia, ma siccome questo non toglierebbe al figlio il diritto di istituire il giudizio nella patria del padre, e la filiazione paterna legalmente constatata deve produrre tutti i suoi effetti, così bisognerebbe ammettere le conseguenze giuridiche della dichiarata paternità. Non sarebbe il caso di ravvisare in tali evenienze nessuna lesione delle leggi di ordine pubblico interno, queste sarebbero lese se il figlio volesse agire in giudizio in Francia per fare dichiarare la paternità, ma non sarebbero al certo lese, se avendo egli fatto stabilire il suo stato di figlio naturale dai tribunali del paese del padre secondo lo statuto personale del medesimo, domandasse poi alla giustizia francese di apprezzare soltanto le conseguenze dello stato di lui giudiziariamente così dichiarato.

Reputiamo per altro opportuno di notare, che attribuendo efficacia alla sentenza estera nel caso contemplato intendiamo fare la giusta riserva, che cioè ogni efficacia deve essere negata ad essa in quello che possa importare offesa all'ordine pubblico territoriale. Tale sarebbe il caso, ad es., di uno che inscritto nei registri dello stato civile come francese, avesse istituito il giudizio in Germania o in Austria, e avesse fatto dichiarare la filiazione paterna rispetto al padre tedesco, e la filiazione materna rispetto alla madre di lui francese. Tale sentenza sarebbe di niun effetto rispetto alla filiazione materna, se la madre fosse maritata, e, qualora essa fosse libera, non potrebbe essere reputata efficace, se non militassero gli estremi richiesti secondo la legge francese per ammettere la ricerca della maternità.

738. Ora vogliamo esaminare l'ipotesi di uno nato in paese straniero, ove secondo la legge sieno permesse le indagini sulla paternità, il quale abbia promossa l'azione dinanzi al tribunale straniero, e mediante le prove esibite abbia fatto dichiarare la sua filiazione paterna rispetto ad un francese o ad un italiano. Sarà valido lo stato di filiazione paterna stabilito mediante sentenza giudiziaria di tribunale straniero pronunziata in seguito alle indagini sulla paternità permesse dalla legge estera?

Bisogna innanzi tutto considerare, che chiunque faccia atti in un paese straniero può essere assoggettato alle leggi di ordine pubblico, o di polizia ivi vigenti e relative all'atto stesso. Da ciò deriva che un francese (ad esempio), il quale avesse avuto commercio illecito all'estero con una straniera, potrebbe essere convenuto dinanzi ai tribunali del paese straniero, in seguito alle azioni promosse secondo la legge, da chi vi avesse interesse. Così potrebbe la donna sedotta promuovere ad esempio l'azione, onde provare di essere stato egli il padre del figlio nato, e farlo condannare a sopportare tutte le spese del mantenimento della prole e le indennità ad essa dovute per la seduzione. Ora a noi sembra che la prova della paternità data con tale intendimento si debba ritenere efficacemente data per tutto quello che concerne le conseguenze delle obbligazioni personali derivanti dal fatto giuridico posto in essere all'estero, e riteniamo conseguentemente, che le obbligazioni personali imposte ad un francese a se-

conda della legge del paese straniero, ove il fatto avvenne, ed ove seguì il giudizio, debbono essere reputate valide anche in Francia. Non ci pare che possa essere il caso d'invocare in tale evenienza lo statuto personale, che vieta le indagini sulla paternità, onde sostenere di niuno effetto le prove date giudiziariamente dalla donna sedotta, perchè è certo, che la legge francese vieta le indagini sulla paternità, ma tale divieto concerne principalmente il fatto di colui, che pretenda di stabilire la sua filiazione paterna mediante le prove esibite. Ora non si può al certo sostenere, che solo perchè le indagini sulla paternità non possono essere fatte in Francia a fine di stabilire la filiazione paterna a riguardo di un francese, debbano essere reputate di niun effetto quelle istituite contro un francese in un paese straniero con l'intendimento di dedurre le conseguenze legali del fatto giuridico compiuto sotto l'impero della legge estera.

739. Nel Codice civile austriaco troviamo la seguente disposizione all'art. 1328. « Chi seduce una donna e con essa procrea un figlio deve sostenere le spese del parto e del puerperio ed adempiere a tutti gli altri obblighi di padre determinati nel cap. III della prima parte di questo Codice. « Tali obblighi sono determinati specialmente negli art. 166, 171, e consistono principalmente nel provvedere al mantenimento del figlio, all'educazione e collocamento del medesimo in proporzione dei mezzi del genitore.

Ora vogliamo supporre, che un francese sia stato citato dinanzi al tribunale austriaco o ad istanza della madre o ad istanza del figlio: che in seguito alle prove esibite sia stata giudiziariamente dichiarata la paternità di lui rispetto al figlio procreato in Austria: e che sieno state quindi imposte al medesimo con la sentenza stessa tutte le obbligazioni derivanti secondo il Codice austriaco, e sancite con gli articoli su citati.

A noi sembra che il francese non potrebbe disconoscere in tali circostanze l'autorità della legge austriaca, e sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni secondo essa a lui imposte, e soggiungiamo che egli potrebbe essere a ciò tenuto anche se a cagione dell'inosservanza di esse fosse poi convenuto dinanzi ai tribunali francesi per essere costretto all'adempimento.

Per combattere tale nostra opinione si potrebbe addurre, che secondo quello, che noi stessi abbiamo innanzi sostenuto, la quistione della filiazione paterna debba essere risoluta in conformità della legge personale del padre; che trattandosi di un francese, ed essendo inibito secondo la legge francese di stabilire la filiazione paterna mediante la prova data in giudizio, si debba reputare di niun effetto la dichiarazione paterna rispetto ad un francese pronunziata dal giudice in seguito alle prove esibite; che le leggi che concernono lo stato delle persone accompagnando i francesi, quando essi si recano in paese straniero, il francese debba reputarsi ad esse soggetto anche quando si ritrovi in Austria; che l'unico modo per stabilire il rapporto di paternità rispetto al figlio naturale di lui ed i diritti e le obbligazioni reciproche, che da tale rapporto derivano, è il riconoscimento libero e spontaneo fatto dal genitore con atto autentico; che il legislatore francese ha voluto gelosamente garentire l'indipendenza della volontà e la piena libertà del riconoscimento escludendo qualunque mezzo, col quale una persona avrebbe potuto essere costretta a riconoscere la sua prole, e che ha richiesto, come condizione sostanziale, l'autenticità dell'atto, sancendo che questo sia il solo titolo che possa attribuire ad uno lo stato di figlio naturale, perchè esso ha voluto così tutelare la spontaneità del riconoscimento da parte del padre, il quale è il solo giudice per decidere in coscienza, se egli sia l'autore del figlio nato.

Con tutte queste ragioni, volendo tacerne altre, si potrebbe combattere l'opinione da noi manifestata, ed a primo aspetto potrebbero sembrare gravi e decisive onde escludere qualunque effetto alla dichiarazione di filiazione paterna rispetto ad un francese pronunziata dal tribunale austriaco in seguito alla prova data secondo la *lex fori*.

Dobbiamo non pertanto osservare, che le ragioni addotte sono di grande peso per dedurre che lo stato di filiazione paterna del figlio naturale secondo il Codice francese non si può stabilire a riguardo di un francese con una sentenza di tribunale straniero, che abbia dichiarato la paternità. Questo noi pure sosteniamo, perchè riteniamo in principio che lo stato civile dei cittadini debba essere governato in

tutto dalla legge di ciascun paese e che non possa essere attribuito ad essi che in conformità della legge stessa.

Bisogna però osservare che la dichiarazione di paternità secondo il Codice civile austriaco, non vale veramente a stabilire lo stato civile di figlio naturale rispetto al padre, ma fa nascere soltanto certe obbligazioni giuridiche che sono le conseguenze del commercio illecito e della procreazione, e che sono impóste a colui, che presuntivamente può essere ritenuto padre della prole nata in conseguenza del fatto illecito. Basta infatti considerare, che il legislatore austriaco regola le conseguenze che possono derivare dalla seduzione di una donna e dalla procreazione di un figlio con essa nel titolo che concerne l'obbligo del rifacimento del danno cagionato da fatto illecito. Esso quindi impone all'uomo, non solo l'obbligo di sostenere le spese del parto e del puerperio, ma quello altresì di adempiere a tutti gli altri doveri che derivano dalla paternità, e che consistono, come abbiamo già detto, nel mantenimento e nell'educazione del figlio procreato.

Ora siccome tali conseguenze derivano dal fatto giuridico secondo la legge, e chiunque ponga un fatto sul territorio, ove una data legge imperi, deve sottostare a tutti i precetti imperativi della medesima, con i quali sieno regolati gli effetti del fatto giuridico, così non dubitiamo che ad essi debba rimanere soggetto un francese o qualunque altra persona che abbia sedotta una donna in Austria: e che l'essere state tali obbligazioni imposte in conseguenza della prova data e della dichiarazione di paternità, non può essere una ragione per sottrarsi all'adempimento di esse, adducendo che a seconda dello statuto personale non sono ammesse le indagini sulla paternità a fine di stabilire mediante esse la filiazione paterna perchè, siccome abbiamo notato, la dichiarazione giudiziaria di paternità secondo la legge del paese ove ebbe luogo il commercio illecito, e la generazione noi sosteniamo dover essere efficace non già sotto il rispetto di stabilire mediante essa lo stato civile del figlio di fronte ad una legge estera, ma a solo fine di far nascere certe obbligazioni giuridiche, che secondo la legge territoriale sono le conseguenze del commercio illecito giudiziariamente provato e constatato come cagione della generazione e della nascita del figlio.

Vogliamo inoltre soggiungere, che le ragioni da noi addotte militerebbero anche se non fosse il caso di seduzione ma di commercio illecito libero, e riteniamo che lo straniero (fosse egli francese o italiano o di altro paese) il quale fosse stato dichiarato padre della prole nata da tale commercio illecito seguito in Austria, non potrebbe sottrarsi alle conseguenze del fatto giuridico, a quelle cioè di prestare gli alimenti al figlio e di provvedere all'educazione e al collocamento del medesimo.

L'essere le indagini sulla paternità inibite secondo la legge di un paese, onde stabilire mediante esse la filiazione paterna, non può riguardarsi quale ragione decisiva per sostenere, che esse debbano essere reputate di niun effetto, qualora siano state fatte in un altro paese, ove siano permesse dalla legge, e con l'intendimento di regolare conseguenze del fatto giuridico avvenuto sotto l'impero di essa.

740. Quello che con ragione si può sostenere in tale evenienza è che, l'italiano, ad esempio, che sia stato dichiarato padre in seguito a sentenza giudiziaria, può escludere a buon diritto, che tale dichiarazione possa valere ad attribuire al figlio lo stato civile di figlio naturale rispetto a lui, con tutti i diritti annessi a tale stato secondo la legge italiana. La ragione è questa, che cioè nel sistema di leggi, che considera la filiazione naturale come un vero rapporto di consanguineità e di famiglia, e che perciò attribuisce al padre soltanto di constatare giuridicamente tale rapporto mediante la dichiarazione spontanea da esso fatta, e con atto autentico, lo stato civile di filiazione paterna non può altrimenti ritenersi stabilito di fronte ad un cittadino di tale paese, che in conformità della legge personale di lui. A tale sistema non si può surrogarne un altro che riposi su concetti ben diversi, e confondere poi gli effetti che ne possono derivare nell'uno e nell'altro sistema: e così dev'essere sopratutto dello stato civile che può essere l'effetto del rapporto di paternità e di filiazione. La dichiarazione di paternità secondo il Codice civile austriaco equivale in sostanza alla sola probabile presunzione di paternità. Quel legislatore stabilisce infatti all'articolo 165 che i figli illegittimi non godono i diritti di famiglia e di consanguineità; e quindi non concede ad essi il diritto di assumere il nome del padre, ma quello soltanto di assumere il nome di

famiglia della madre. Tutti i diritti poi attribuiti al figlio rispetto a colui, che fu dichiarato padre, come abbiamo più volte detto, consistono nell'ottenere gli alimenti e l'educazione. In sostanza il legislatore austriaco ha regolato le conseguenze del fatto giuridico; ha convertito l'obbligazione naturale in obbligazione civile: ha imposto tale obbligazione al padre presunto; ed è perciò che in quel sistema di leggi l'*exceptio plurium concubentium* non vale a sottrarsi all'obbligo di alimentare la prole imposto al padre probabile. Tutto ciò non ha nulla che equivalga allo stato civile di filiazione del figlio naturale, secondo il Codice francese e secondo il Codice italiano, e conseguentemente, pure ritenendo sempre che il francese o l'italiano che sia stato dichiarato padre dal tribunale austriaco della prole nata in Austria, debba sottostare alle conseguenze del fatto giuridico del commercio illecito secondo quella legge, deve non pertanto ammettersi che possa invocare utilmente il proprio statuto personale, onde dedurre, che, siccome a norma del medesimo lo stato civile di filiazione naturale non può stabilirsi in seguito alle indagini sulla paternità, perciò la filiazione paterna non possa ritenersi stabilita rispetto a lui con tutti gli effetti attribuiti dalla legge francese o dall'italiana con la dichiarazione di paternità fatta dal magistrato straniero.

741. Riassumendo quindi la nostra teoria, a noi sembra, che la paternità naturale dichiarata giudiziariamente in uno Stato, ove sieno permesse le indagini sulla paternità, rispetto ad uno straniero di altro Stato ove le indagini sieno vietate, può ritenersi efficace per imporre al padre le obbligazioni personali secondo la legge del paese, ove avvenne la nascita del figlio, e ove seguì il giudizio, ma che non può essere efficace ad attribuire al figlio lo stato civile di figlio naturale, perchè questo deve essere retto esclusivamente e sotto ogni rispetto della legge personale del padre.

Bisognerebbe soltanto, qualora si trattasse di un francese o di un italiano, eccettuare i casi eccezionali contemplati negli art. 189 del Codice civile italiano o 340 del Codice civile francese, nei quali, supposto che il giudizio di ratto o di stupro violento fosse eseguito in paese estero, la sentenza che avesse dichiarata la filiazione naturale dovrebbe produrre gli effetti del riconoscimento sotto le condizioni

contemplate dalla legge italiana o dalla legge francese, la quale opinione noi sosteniamo, perchè deriverebbe dai generali principii esposti innanzi circa le conseguenze legali delle sentenze straniere (1).

742. I principii stabiliti fino a questo punto devono valere a risolvere pure le controversie, che possono nascere a riguardo dell'efficace riconoscimento rispetto alla madre, e delle indagini sulla maternità. Bisognerà riferirsi sempre alla legge personale di lei, non solo per quello che riguarda la capacità della medesima a riconoscere il figlio, ma per tutto quello altresì che concerne il valore giuridico del riconoscimento seguito all'estero. In conseguenza, se secondo la legge personale della madre fosse sancita la regola, che il riconoscimento non potesse avere effetto rispetto ad essa, se non quando fosse stato fatto da lei medesima con atto autentico, o quando la maternità fosse dichiarata dal giudice nei casi espressi, nei quali sieno ammesse le indagini sulla maternità, la madre avrebbe diritto di ritenere di niun valore la dichiarazione di maternità fatta all'estero, e non conforme al proprio statuto personale. Così essa potrebbe ad esempio reputare di nessun effetto il riconoscimento fatto dal genitore, che avesse indicato lei quale madre, adducendo di avere tacitamente consentito o di avere con atti posteriori confermata la dichiarazione da lui fatta. Supposto pure che secondo la legge del paese straniero, ove tale negozio giuridico fosse avvenuto, fosse reputata efficace la dichiarazione di maternità fatta come abbiamo supposto, per la considerazione del mandato tacito o della ratifica e conferma della dichiarazione fatta, non sarebbe il caso d'invocare il principio *locus regit actum* onde dedurne la validità del riconoscimento fatto nella forma sopraindicata. La ragione è sempre la stessa, che cioè il valore giuridico del riconoscimento, e l'efficacia del medesimo a riguardo dell'uno e dell'altro dei due genitori devono essere valutati sempre secondo la legge personale di ciascuno di essi. Dovrà parimente tenersi conto della legge stessa per decidere se debba ammettersi la prova per testimoni, e le condizioni sotto le quali essa debba essere ammessa e via dicendo.

(1) Vedi vol. I, § 491.

743. La filiazione naturale può secondo le leggi di certi paesi essere stabilita mediante il possesso di stato, secondo altri no. Ora può sorgere la difficoltà circa al valore che può avere il possesso di stato, onde stabilire mediante esso la paternità naturale. Deve ammettersi indubbiamente che tale mezzo debba essere reputato efficace nell'ipotesi, che uno voglia stabilire la sua filiazione paterna rispetto ad un altro, e che sieno entrambi cittadini dello Stato, la di cui legge ritenga il cennato mezzo efficace. Deve inoltre ammettersi, che in una controversia circa la paternità di un italiano, ad esempio, non si possa addurre il possesso di stato come mezzo efficace a stabilire la filiazione paterna, perchè, siccome tale mezzo di prova non è consentito secondo la legge italiana, ed equivarrebbe alla ricerca della paternità, e quindi al riconoscimento forzato, che non è permesso dalla legge nostra, così non può essere concesso al figlio naturale di un italiano di valersi del possesso di stato come mezzo di prova conclusivo dinanzi ai tribunali del nostro paese.

Il dubbio può sorgere nella ipotesi, che un figlio di un italiano fosse nato all'estero, e che ivi in conformità della legge vigente avesse acquistato lo stato civile di figlio naturale mediante il possesso di stato. Supposto poi che tale figlio volesse far valere lo stato legalmente acquistato sotto l'impero della legge estera, potrebbe egli pretendere questo, invocando il principio *locus regit actum?* Si ammette in massima che la forma del riconoscimento può essere governata dalla legge estera; ora pel dato e fatto che essa consideri il possesso di stato come uno dei mezzi legali idonei a constatare la filiazione naturale, e che il figlio abbia acquistato lo stato di figlio naturale in conseguenza dei fatti compiuti sotto l'impero di essa legge, bisognerebbe rispettare lo stato acquisito così come deve essere rispettato nel caso di riconoscimento fatto per la forma secondo la legge locale?

La Corte di Besançon ritenne tale teoria nella sua sentenza del 25 luglio 1876 (1). La Corte di Catania sancì invece la teoria contraria nella sua sentenza del 26 marzo 1881 « Ritenuto, essa disse,

(1) CLUNET, *Journal*, 1877, pag. 228. Cour de Paris, 2 août 1876, *ivi*, pag. 230 *contra*.

che uno straniero non possa promuovere contro un italiano, e avanti i tribunali italiani le indagini sulla paternità, quantunque la sua legge nazionale tali indagini permetta, ne deriva, che in mancanza dell'atto autentico non sarebbe ammissibile la prova testimoniale del possesso di stato di figlio naturale contro il padre, perchè questo equivarrebbe ad ammettere le indagini sulla paternità (1).

A noi sembra che la controversia, se il possesso di stato possa aver valore per stabilire la filiazione naturale, debba essere risoluta in conformità della legge personale del padre, e che invano s'invoca la regola *locus regit actum* affine di attribuire efficacia al possesso di stato acquistato secondo la legge straniera, che ammette tale mezzo. La regola mentovata può infatti valere per la forma dell'atto, vale a dire per dedurre che l'atto scritto, richiesto secondo la legge personale, dovrà reputarsi validamente fatto, quando esso sia stato redatto con le forme prescritte dalle leggi del paese, ove esso sia stato fatto, ma quella regola non può trovare nessuna applicazione in quello che concerne la sostanza dell'atto, ed i requisiti indispensabili a stabilire mediante esso i rapporti di stato personale. Questi devono essere retti dovunque dalla legge personale del padre, e supposto che questa non riconosca altro mezzo per stabilire il rapporto di filiazione paterna, tranne che il riconoscimento fatto nell'atto di nascita o con atto autentico, è chiaro, che nessun altro mezzo può reputarsi efficace, e che l'invocare leggi straniere, che attribuiscano al possesso di stato l'efficacia del riconoscimento autentico, equivale ad attribuire a codeste leggi il potere di regolare le quistioni che concernono lo stato dei cittadini e la condizione civile dei medesimi.

744. Possiamo solo concedere, che se in seguito ad azione giudiziaria promossa dinanzi al tribunale estero nel luogo ove il figlio nacque, ed ove col possesso di stato egli acquistò la condizione civile di figlio naturale di una determinata persona, tale sua condizione fosse stata giudiziariamente constatata, tale sentenza potrebbe valere a stabilire lo stato di filiazione naturale anche nella patria del padre, ove il possesso di stato non fosse reputato a ciò efficace. La ragione

(1) *Foro ital.*, 1882, pag. 31.

la troviamo in questo, che cioè secondo la legge italiana, ad es., ed è lo stesso secondo la francese, l'autenticità è requisito indispensabile all'efficacia del riconoscimento, ma non è poi richiesto che l'atto sia fatto con lo scopo principale di constatare la paternità e la filiazione, e perciò che si ritiene valido il riconoscimento accidentalmente fatto in un atto autentico con espressioni semplicemente enunciative, ma non equivoche, e che tale pure si ritiene la confessione giudiziaria di paternità comprovata dal magistrato. Ora, siccome anche la sentenza straniera ha il carattere dell'autenticità, così quando essa avesse constatata la filiazione paterna mediante il possesso di stato, questo se fosse stato riconosciuto in contraddittorio del padre, equivarrebbe a confessione giudiziaria esplicita da parte di costui, e basterebbe ad attribuire al riconoscimento il carattere della autenticità richiesta secondo la legge nostra.

745. Per quello che concerne la forma dell'atto del riconoscimento fatto all'estero richiamiamo quello che fu già detto innanzi (1).

746. A riguardo poi degli effetti che possono derivare dal riconoscimento valido, noi esaminammo già la questione che si riferisce alla cittadinanza del figlio naturale e non occorre di ritornare su tale controversia (2).

Per tutti gli altri diritti poi che possono essere attribuiti al figlio naturale fa di mestiere riferirsi in tutto alla legge personale del padre al momento in cui avvenne il riconoscimento, tenendo sempre presente che per i diritti acquistati col riconoscimento rispetto al padre bisognerà riferirsi alla legge personale di lui, e per quelli rispetto alla madre a quella di lei, supposto che l'uno e l'altra fossero cittadini di Stati diversi. La ragione è chiara, che cioè i diritti derivanti dallo stato personale di ciascuno, devono essere retti dalla legge dalla quale lo stato medesimo deve dipendere. Questo noi sosteniamo per ogni diritto spettante al figlio naturale compresi quelli di successione.

Conseguentemente noi ammettiamo, che uno straniero cittadino di un paese, la di cui legge non ammetta lo stato civile di filiazione

---

(1) Vedi cap. VI, *Parte generale*, vol. I.

(2) Vedi vol. I, pag. 134 e seg.

illegittima, come è secondo la legge inglese, possa riconoscere il figlio naturale in Francia o in Italia, ove secondo la legge è attribuito uno stato civile ai figli illegittimi, ma il riconoscimento per parte di un inglese fatto in Francia o in Italia non potrebbe valere nè ad attribuire ad esso i diritti di patria potestà o di tutela e via dicendo, secondo il Codice italiano o il francese, nè attribuirebbe al figlio i diritti ad esso spettanti verso il genitore, eccetto quello di ottenere gli alimenti. Possiamo solo concedere che, avvenuto il riconoscimento in Francia o in Italia, il padre non potrebbe accampare di dover essere tenuto a prestare gli alimenti solo negli stretti limiti contemplati dalla legge inglese, riteniamo invece che esso debba essere tenuto a prestarli in quelli più larghi fissati secondo la legge francese o italiana. Questo diciamo perchè reputiamo doversi riguardare contro l'ordine pubblico che un inglese, riconoscendo il figlio naturale in Italia o in Francia, volesse sottrarsi poi all'obbligazione alimentare ad esso imposta secondo la legge dell'uno o dell'altro paese, qualora codesto figlio riconosciuto soggiornandovi promovesse l'azione per ottenere gli alimenti dal padre.

Eccetto questo solo diritto che noi attribuiamo al figlio per ragione di ordine pubblico non possiamo concedergliene nessun altro di quelli contemplati dalla legge nostra o dalla francese, e così egli non potrebbe pretendere di assumere il nome di famiglia del padre, perchè bisognerebbe riferirsi in tutto alla legge inglese, la quale non attribuendo niuno stato civile ai figli illegittimi, non dà ad essi diritti di condizione civile; nè potrebbe avere i diritti di successione, nè gli altri diritti, che, secondo la legge nostra, sono attribuiti al figlio naturale riconosciuto.

747. Reputiamo opportuno di notare che se, dopo che il riconoscimento fosse stato fatto, venisse a verificarsi un mutamento di cittadinanza da parte del padre o da parte del figlio, i diritti perfetti acquisiti in virtù di codesto riconoscimento non sarebbero modificati, e perciò bisognerebbe riferirsi sempre allo statuto personale del genitore al momento in cui egli avesse riconosciuto il figlio naturale e non già a quello del medesimo al momento in cui fosse nata la controversia a riguardo dei diritti spettanti all'uno o all'altro. Questa

è la giusta conseguenza del generale principio da noi stabilito, che cioè il mutamento di cittadinanza non può avere effetto retroattivo, quanto al mutare i diritti acquistati secondo la legge della patria primiera.

Bisogna però tener sempre bene in mente di non confondere i diritti acquisiti e perfetti colle semplici aspettative. Così è chiaro, che il principio da noi stabilito non può trovare applicazione ai diritti successorii, se la successione sia aperta dopo il mutamento di cittadinanza del padre.

§ 3°

Della legittimazione dei figli naturali.

748. Della legittimazione del figlio naturale secondo le leggi positive. — 749. Dubbii circa la legge regolatrice della legittimazione; dottrina degli scrittori. — 750. Opinione che noi sosteniamo. — 751. Giurisprudenza conforme. — 752. La legittimazione per seguente matrimonio deve essere retta esclusivamente dallo statuto personale del padre. — 753. Bisognerà riferirsi al medesimo onde decidere della validità del riconoscimento. — 754. Effetti del sopravvenuto mutamento di cittadinanza a riguardo della legge regolatrice della legittimazione. — 755. Della legge che deve governare gli effetti giuridici della legittimazione. — 756. Della legittimazione per rescritto reale e della sua efficacia estraterritoriale.

748. Il figlio naturale riconosciuto può essere legittimato quando si verifichino certe condizioni determinate dalla legge.

Nel diritto romano antico la legittimazione propriamente detta era una istituzione ignota, il diritto imperiale ammise due modi per legittimare i figli nati da concubinato, *per subsequens matrimonium*, e *per oblationem curiæ* (1). Giustiniano ve ne aggiunse un terzo, quello *per rescriptum principis*, il quale poteva essere ottenuto dal padre quando non poteva sposare la madre, o dal figlio alla morte del

(1) *Instit.*, § 13; *De nuptiis*, I, 10; Cod., lib. V, tit. XXVII, *De naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus causi justi efficiantur.*

padre, quando questi esprimeva nel suo testamento il voto che il figlio gli succedesse come figlio legittimo (1).

La legittimazione secondo il diritto imperiale, era uno dei modi per acquistare la patria potestà e rendeva *alieni juris* i figli naturali, che erano *sui juris;* essa però mutava solo la condizione del figlio a riguardo dei suoi rapporti col padre, ma non avea alcuna specie d'influenza a riguardo di quelli dello stesso con la madre.

Quasi tutte le legislazioni moderne ammettono la legittimazione, però secondo alcune essa non può aver luogo che per susseguente matrimonio, così dispone il Codice Napoleone (art. 331), il belga (art. 331), quello della Luigiana (art. 217), quello del cantone di Vaud (art. 178). Al contrario il Codice nostro (art. 198), l'olandese (art. 330), l'austriaco (art. 162 e la legge 9 agosto 1854), il prussiano (art. 601-604), ammettono anche la legittimazione per rescritto reale.

Secondo il Codice prussiano il figlio può essere anche legittimato: 1° con sentenza giudiziaria quando vi sia stata promessa di matrimonio (art. 592); 2° per dichiarazione del padre innanzi al giudice quando vi sia stata promessa di matrimonio senza celebrazione posteriore (art. 597); 3° dai tribunali superiori quando si tratti della legittimazione *ad delendam*, la quale è una legittimazione tutta speciale ed ha per iscopo di assicurare al figlio una posizione sociale, a riguardo della quale la condizione di bastardo sia d'ostacolo. In alcuni Stati l'istituzione della legittimazione è ignota. Così, accade ad esempio, in Inghilterra, in Irlanda, nelle possessioni inglesi delle Indie occidentali ed in alcuni paesi dell'America settentrionale.

Notiamo finalmente come presso quegli Stati, che ammettono la legittimazione, vi sia una differenza circa i figliuoli che possono essere legittimati; così, per esempio, il Codice nostro vieta di legittimare i figli che non possono essere riconosciuti (art. 195), cioè i figli adulterini, e quelli nati da genitori, fra i quali non poteva sussistere matrimonio per vincolo di parentela e di affinità in linea retta, ed in linea collaterale in secondo grado (art. 180). Anche per diritto romano i soli figli nati da concubinato, che avevano un padre natu-

(1) Nov. 74, cap. II; Nov. 89, cap. IX e X.

rale conosciuto, potevano essere legittimati, non già gli spurii, gli adulterini e gl'incestuosi.

Un'altra notabile differenza si trova pure tra le leggi dei varii paesi a riguardo delle condizioni sostanziali richieste per la legittimazione. Così secondo la legge italiana la legittimazione può aver luogo anche quando il figlio sia stato riconosciuto da ambedue i genitori in tempo posteriore al matrimonio (art. 197), mentrechè secondo la legge francese è condizione indispensabile, che il riconoscimento sia stato fatto prima del matrimonio o nell'atto medesimo della sua celebrazione.

749. Dovendo determinare la legge che deve regolare la legittimazione, e le conseguenze giuridiche che ne derivano, noi possiamo fare diverse ipotesi, o che il figlio sia nato nella patria del padre, ove sia poi seguito il matrimonio tra i genitori di lui, e che voglia far valere il suo stato di legittimato nella patria della madre, ove non sia permessa la legittimazione: o che il figlio sia nato nel luogo in cui era domiciliato il padre, e che questi si unisca ivi in matrimonio colla madre: o che il figlio sia nato in un luogo in cui era permessa la legittimazione, e che il matrimonio segua in un luogo in cui questa non sia permessa.

Le opinioni degli scrittori sono diverse (1): alcuni, e tra questi il Savigny ed il Rocco (2), dicono, che si deve tener conto della legge del domicilio del padre nel tempo in cui seguì il matrimonio. Noi non dividiamo tale opinione, perchè nel sistema da noi seguito, i rapporti di famiglia devono essere regolati dalla legge dello Stato di cui è cittadino il marito, non da quella del luogo ove egli abbia domicilio.

---

(1) Confr. LAURENT, *Droit civil international*, t. V, § 251 e seguenti BROCHER, *Droit intern.*, § 99; ALEXANDER, *Du conflit des lois en matière de filiation* (*Journ. du droit intern. privé*, 1881, pag. 495; ASSER, *Droit intern. privé*, § 57; WHARTON, *Conflict of Laws*, § 240 e seguenti; LEHR, *Cas de conflit en matière de légitimation;* CLUNET, *Journal*, 1883, p. 143.

(2) SAVIGNY, *Traité du droit romain*, § 380, p. 334; ROCCO, op. citata, parte 1ª, cap. XXIII. Vedi pure BOUHIER, *Coutume de Bourgogne*, ch. XXIV, § 122; HERTIUS, *De collisione legum*, t. I, § 4; FROLAND, *Mémoires*, ch. V, § 4; BOULLENOIS, *Observ.*, 4, pag. 62; T. VOET, *Comment. ad Pand.*, t. I tit. IV, n° 7, pag. 40.

Ammettendo l'opinione del Rocco ne seguirebbe che uno, italiano o francese, il quale avesse generato un figlio naturale nella sua patria coll'intenzione di unirsi in matrimonio colla madre, se questi fosse domiciliato a Londra quando si unisse in matrimonio, non potrebbe dare a codesto figlio lo stato di figlio legittimato, perchè la legge inglese non ammette la legittimazione per susseguente matrimonio. Ma a qual titolo si applicherebbe la legge inglese per determinare i rapporti di tale individuo con il figlio, se la famiglia segue la condizione del marito o del padre, e questi, benchè domiciliato a Londra, è soggetto non per tanto alla legge italiana o alla francese a cagione dell'essere sempre italiano o francese?

Lo Schaeffner vorrebbe far tutto dipendere dalla legge del paese dove sia avvenuta la nascita e si esprime così: « La possibilità ad essere legittimato ha anche essa stessa per condizione la nascita del figlio, e perciò è necessario per questo come per ogni altro rapporto giuridico tener conto del suo cominciamento; quindi le leggi del luogo, in cui la nascita del figlio si è avverata, devono decidere esclusivamente, se egli possa essere legittimato per susseguente matrimonio » (1).

750. Noi non accettiamo questa opinione, quantunque sanzionata anche dai tribunali inglesi (2). Il luogo di nascita può essere un fatto assolutamente accidentale. Dal momento della nascita deve ad ogni modo esistere una relazione giuridica certa e determinata tra il figlio ed il padre, secondo la quale si deve valutare se vi sia possibilità o impossibilità di legittimazione per susseguente matrimonio. Abbiamo già dimostrato che il figlio naturale riconosciuto segue la condizione del padre: ora, se dall'istante del riconoscimento i rapporti naturali tra figlio e padre diventano rapporti giuridici, è secondo la legge della patria del padre che deve decidersi se il figlio, in virtù del matrimonio susseguente delle persone, dalle quali egli nacque, possa essere legittimato, e in quali circostanze ciò possa verificarsi.

Molto meno poi sarebbe giustificabile l'opinione dei giuristi

---

(1) *Diritto intern. priv.*, § 37.

(2) Story, *Conflict of Laws*, § 87; Burge, I, pag. 102.

antichi, i quali vorrebbero dar la preferenza alla legge del luogo in cui fu celebrato il matrimonio: *Porro non tantum ipsi contractus ipsæque nuptiæ certi locis rite celebratæ ubique pro justis et validis habentur, sed etiam jura et effecta contractuum et nuptiarum in iis locis recepta, ubique vim suam obtinebunt* (1). Questa dottrina accettata pure dalla Camera dei Lords in Inghilterra (2) noi la rigettiamo assolutamente, perchè la legge del luogo della celebrazione è solo applicabile a riguardo delle questioni di forma e di solennità estrinseche.

La legittimazione si fonda in generale sopra la finzione giuridica, che il figlio sia stato concepito prima del matrimonio, ma col pensiero del matrimonio futuro: è perciò, che quantunque la legittimazione non abbia effetto retroattivo, vale a dire che non risalga nè al giorno del concepimento, nè a quello della nascita del figlio legittimato, pure per giuridica finzione la nascita si congiunge al matrimonio, e prende data e produce le conseguenze giuridiche che vi sono annesse a partire dalla celebrazione del medesimo. Indubitabilmente questa istituzione è stata introdotta nell'interesse del figlio ed importa una notabile mutazione di stato, perchè fa acquistare al figlio naturale riconosciuto il titolo e la condizione di figlio legittimo, *justi legitimi efficiuntur.* Nessun'altra legge dunque si deve applicare, che quella della patria del padre, che come deve regolare il matrimonio e le conseguenze giuridiche che da esso derivano, deve regolare altresì la condizione del figlio naturale riconosciuto, allorquando i genitori del medesimo vengano ad unirsi in matrimonio.

751. Troviamo anche nella giurisprudenza antica una decisione perfettamente conforme al nostro parere. Un certo Du Quesnay di Piccardia ed una certa Giovanna Péronne Dumoy di Fiandra avevano procreato in Francia un figlio naturale. Essi andarono poscia a stabilirsi in Inghilterra, ed ivi si unirono in matrimonio. Sorse questione se il figlio naturale si dovesse considerare legittimato di fronte alla

---

(1) HUBERUS, *De conflictu legum*, lib. I, tit. III, § 9.

(2) STORY, § 93; BURGE, *Comment., On colonial and foreign Laws*, parte 1ª, cap. III, § 3.

Francia, e se potesse succedere nei beni quivi lasciati dal padre. Fu deciso che il figlio non poteva perdere la sua capacità originaria ad essere legittimato e che della legge del luogo della celebrazione del matrimonio si dovea tener conto, quando si trattasse solamente delle solennità ad esso necessarie (1).

752. I dubbi che possono sorgere nell'applicare le regole da noi stabilite, debbono essere eliminati, tenendo sempre presente il principio, il quale stabilisce, che siccome la legge personale del marito è quella che deve governare la costituzione della famiglia e tutti i rapporti tra i membri di essa, così bisogna riferirsi alla mentovata legge, onde risolvere le controversie circa la legittimazione. Conseguentemente l'essere il figlio stato iscritto, ad es., nei registri dello stato civile come francese, a cagione dell'essere nato in Francia da genitori ignoti, non può essere un motivo per reputarlo legittimato, data l'ipotesi che il padre di lui inglese unendosi in matrimonio in Francia (fosse pure con una francese) lo avesse riconosciuto, unitamente alla medesima, nell'atto della celebrazione del matrimonio avvenuto in Francia.

La Corte di cassazione francese ritenne la massima contraria nella causa Skottove c. Ferrand, perchè considerò che la legislazione inglese, la quale non ammetteva la legittimazione dei figli naturali in virtù del seguito matrimonio del padre e della madre, non poteva togliere ad una francese ed al figlio da essa nato in Francia, il diritto attribuitogli secondo la legge francese, di godere cioè del vantaggio della legittimazione in conseguenza del seguito matrimonio della madre col padre; che la legge francese, la quale ammetteva la legittimazione in forza del susseguente matrimonio del padre e della madre era una legge di ordine pubblico, e che sarebbe quindi stato contro l'ordine sociale il togliere ai genitori la possibilità di dare al figlio, vittima innocente dei loro rapporti, lo stato di figlio legittimo mediante la legittimazione operata secondo il Codice francese (2).

---

(1) F. T. De la Goestière, *Journal des principales audiences du Parlement*, tom. III, lib. II, c. XVII.

(2) Cass. 23 nov. 1857 (*Journ. du Palais*, 1878, pag. 106).

Tutte queste ragioni non possono ritenersi decisive, perchè, siccome la famiglia, che viene ad essere formata da un inglese, deve essere governata dalla legge inglese, ovunque l'uomo capo di essa celebri il matrimonio, e siccome la donna francese sa, e non può ignorare, che unendosi in matrimonio ad uno straniero essa è obbligata a seguire la condizione del marito, ed a rimanere soggetta alla legge del medesimo per tutto quello che concerne i rapporti della famiglia, che viene a formarsi: e d'altra parte siccome il legislatore francese non può avere nessun interesse ad applicare le proprie leggi affine di regolare con esse l'organizzazione di una famiglia inglese, così non può essere il caso di accampare la buona fede di una donna o la capacità del figlio ad essere legittimato, onde stabilire in virtù della legge francese la legittimazione del medesimo di fronte al padre di lui inglese, legittimazione che non può aver luogo a norma della legge inglese.

Noi riteniamo quindi più conforme ai giusti principii la dottrina stabilita dalla Corte d'Orleans nella sua sentenza del 17 maggio 1856 assoggettata a Cassazione, e riconfermiamo la regola stabilita, la quale ammette, che la legittimazione debba essere retta dalla legge personale del padre (1). In conformità della stessa dovrà inoltre essere decisa ogni controversia circa le condizioni richieste a che la legittimazione possa aver luogo. Conseguentemente, se si trattasse di un padre francese, non potrebbe avere nessun effetto il riconoscimento posteriore al matrimonio, quantunque fosse stato fatto in Italia, ove, secondo la legge vigente, avrebbe efficacia.

Non sarebbe il caso d'invocare la regola *locus regit actum*, onde attribuire valore al riconoscimento posteriore, considerando tale circostanza come una mera questione di forma. No al certo, perchè si tratterebbe invece di requisito sostanziale al valore giuridico dell'atto, e sempre in virtù del principio, generale, il quale ammette, che le leggi, che concernono lo stato personale, obbligano i frances. anche all'estero, bisognerebbe ammettere, che siccome lo stato di figlio

---

(1) Vedi *Journal* citato, 1856, t. II, pag. 247 e i rinvii ivi, e *Repertorio generale*, n[i] 15 e seg.

legittimato pel seguente matrimonio, non può sussistere di fronte al padre francese, che sotto le condizioni tassativamente sancite dal Codice francese, che cioè il padre e la madre abbiano riconosciuto il figlio prima del loro matrimonio o nell'atto medesimo della sua celebrazione, così non potrebbe essere il caso di riferirsi a leggi straniere, affine di attribuire lo stato di legittimato al figlio naturale di un francese.

753. Per le medesime considerazioni bisognerà tener presente, dovendo risolvere la quistione, della quale in questo luogo ci occupiamo, le regole esposte innanzi e riguardate come atte a decidere quando lo stato civile di figlio naturale possa ritenersi stabilito a riguardo del padre. Ed è per questo, che avendo dimostrato, che il possesso di stato di figlio naturale non potrebbe essere efficace a stabilire legalmente la filiazione paterna di fronte ad un italiano o ad un francese, bisognerebbe dedurne, che qualora il figlio avesse acquistato col possesso di stato la condizione di figlio naturale nel paese estero, ove la legge consentisse di stabilirlo con tale mezzo (1) ed il padre e la madre di lui si fossero poi uniti in matrimonio, tale figlio non sarebbe così legittimato di fronte al diritto francese, perchè essendo mancato il riconoscimento legale fatto a norma del medesimo, non potrebbe ammettersi la legittimazione, che presuppone come condizione *sine qua non* il legale riconoscimento a norma della legge francese. Nè potrebbe essere il caso d'invocare la regola *locus regit actum*, affine di attribuire efficacia al possesso di stato attuato sotto l'impero di legge estera, perchè militerebbero le ragioni già addotte, che cioè il valore giuridico di un atto, che concerna lo stato personale, ed i requisiti sostanziali richiesti secondo la legge personale di ciascuno, non possono essere governati dalle regole che riguardano le forme estrinseche dell'atto stesso.

La Corte di Besançon ritenne la teoria contraria nella sua sentenza 25 luglio 1876 (2), ma non possiamo trovarci d'accordo

(1) Secondo il diritto spagnuolo è valido il riconoscimento fatto in tempo posteriore al matrimonio, e la condizione di figlio naturale può essere stabilita a rispetto dei genitori anche col possesso di stato.

(2) Clunet, *Journal*, 1877, p. 228. Vedi *ivi*, contra *Cour de Paris*, p. 230.

nell'ammettere, come essa fece, che le condizioni sostanziali richieste pel riconoscimento legale agli effetti della legittimazione possano essere soggette alla regola *locus regit actum*.

754. Ora vogliamo esaminare un'ultima controversia, se cioè, verificandosi il mutamento di cittadinanza da parte del padre, la legittimazione del figlio naturale possa aver luogo in conformità della legge della patria primiera. Supponiamo per chiarire il nostro concetto che un italiano, ad es., acquisti la naturalità francese; qualora egli volesse riconoscere il figlio che era stato generato da lui e da sua moglie prima che essi si fossero uniti in matrimonio, potrebbe ciò fare?

Abbiamo già notato la differenza che esiste a questo riguardo fra la legge italiana, e quella francese. Secondo la prima il riconoscimento posteriore al matrimonio può produrre l'effetto della legittimazione a contare dal giorno in cui esso fu fatto. La legge francese nega invece ogni efficacia al riconoscimento posteriore al matrimonio, ed esige che debba essere anteriore al matrimonio dei genitori, o fatto nell'atto della sua celebrazione. Ora l'italiano naturalizzato avrà il diritto di legittimare il figlio, riconoscendolo unitamente alla madre in tempo posteriore al loro matrimonio?

A primo aspetto può sostenersi la negativa per la considerazione che la naturalizzazione assoggetta la persona a tutte le leggi di ordine pubblico dello Stato, di cui fu naturalizzato, e che la legge che concerne la legittimazione, essendo nel numero di esse, deve reputarsi imperativa pel naturalizzato. Bisogna non pertanto considerare, che siccome la naturalizzazione non deve in massima avere effetto retroattivo, e quantunque la legge che concerne la legittimazione sia una legge di ordine pubblico, rispetto a coloro che sono soggetti alla sua autorità, ciò non ostante il diritto che spetta ai genitori di dare al proprio figlio lo stato di legittimità attenendosi alle condizioni per attuare la legittimazione richieste secondo il proprio statuto personale, essendo un diritto privato dei medesimi, non ne devono essere privati pel fatto della naturalizzazione, così bisognerebbe ammettere, che, qualora essi volessero valersi di tale diritto dopo la naturalizzazione, riconoscendo il figlio loro in tempo posteriore alla celebrazione del matrimonio, potessero così attribuirgli lo stato di legittimità. Questo

noi diciamo, perchè ci sembra che nel dubbio si debba sempre preferire la regola che più favorisce la legittimità; e d'altra parte poi, considerando che i rapporti di paternità e di filiazione devono essere retti dalla legge, sotto la quale essi furono posti in essere, e la legittimazione per seguito matrimonio da quella vigente al momento in cui la famiglia mediante esso fu costituita, così ci sembra, che non si possa ravvisare l'offesa alle leggi d'ordine pubblico, se il naturalizzato, valendosi del suo diritto anteriore di attribuire al figlio lo stato di figlio legittimo riconoscendolo unitamente alla moglie in tempo posteriore al matrimonio, eserciti tale diritto dopo la naturalizzazione facendo l'atto di riconoscimento durante il matrimonio.

L'ostacolo proveniente dal rispetto dovuto alle leggi d'ordine pubblico potrebbe trovarsi in tale evenienza nell'ipotesi, che secondo la legge personale anteriore non fosse inibita la legittimazione neanche a riguardo dei figli incestuosi, ed il divieto a legittimarli s'incontrasse nella legge dello Stato ove lo straniero avesse ottenuto la naturalizzazione. Così, ad es., secondo il diritto francese i figli provenienti dal commercio di due cognati o da zio e nipote, dovendo essere reputati incestuosi, non possono venire legittimati in conseguenza del matrimonio celebrato dai loro genitori con la dispensa del capo dello Stato (Cod. civ. franc., art. 331). Per contrario secondo la legge italiana non s'incontra l'ostacolo rispetto ad essi, perchè il divieto del riconoscimento, e quindi della legittimazione pel susseguente matrimonio, trovasi sancito dal legislatore rispetto ai figli nati da parenti o da affini in linea retta all'infinito, ed in linea collaterale fino al secondo grado.

Ora ci sembra che se un italiano, il quale avesse ottenuta la naturalità francese volesse poi riconoscere e legittimare il figlio generato con una sua cognata o con una sua nipote, invocherebbe invano il suo statuto personale anteriore, perchè s'incontrerebbe l'ostacolo della legge francese d'ordine pubblico, che inibisce la legittimazione dei figli incestuosi, e reputa tali quelli nati dal commercio fra cognati, e fra zio e nipote.

755. Per quello che concerne gli effetti che possono derivare dalla legittimazione bisognerà ritenere come regola, che la legge stessa, con

la quale deve essere decisa la quistione di stato personale, deve avere autorità altresì nel determinare i diritti spettanti al figlio rispetto ai genitori, da cui fu legittimato. Tale opinione è stata però contradetta da tutti coloro, che avendo stabilito la differenza tra i diritti derivanti dallo stato, che concernono i rapporti personali, e quelli che concernono i beni, hanno poi sostenuto che rispetto agli ultimi debba essere sempre applicata la *lex rei sitae*, onde determinare a norma di essa i diritti spettanti al legittimato sui beni immobili esistenti in ciascuno stato. Così la pensano il Voet, il Tommasio, il Casaregis, il Burgundio tra i giuristi antichi (1): e tra i moderni il Rocco ed altri (2). Questi in conformità della teoria da lui sostenuta, dice, che la legittimazione come qualificazione della persona deve essere governata dallo statuto personale e poi soggiunge, « ma gli effetti derivanti da essa circa i beni hanno un intimo rapporto collo statuto reale, e devono dipendere dalla legge del luogo in cui i beni esistono. Perciò per decidere se un tale abbia la qualità di figlio legittimato bisogna ricorrere alla legge del suo domicilio: qualificato così secondo quella, per definire poi i diritti reali, che ne derivano, e la misura di questi diritti, bisogna ricorrere alla legge della situazione dei beni. Insomma la legge del domicilio dà al legittimato l'attitudine giuridica a fruire del diritto di successione, e lo statuto della situazione dei beni glielo conferisce realmente e ne governa le condizioni concrete » (3).

Noi dobbiamo osservare che la legittimazione non deve considerarsi come uno stato astratto ed una pura qualificazione giuridica, bensì come uno stato da cui derivano certi diritti, anche rispetto a patrimonio del padre. La legittimazione non toglie solamente la macchia della nascita, ma muta la condizione del figlio naturale, il quale per giuridica finzione è equiparato al figlio legittimo, come se fosse nato durante il matrimonio: *justi legitimi efficiuntur*. Ammesso che lo stato della persona debba essere determinato dalla legge personale

(1) VOET, *Ad Pand.*, lib. I, tit. IV, nº 7; TOMMASIO, *Addizione alle prelezioni di Huber*, *De conflictu legum;* CASAREGIS, *Stat. civitat. Genuae* (*De successione ab intestato*); BURGUNDUS, tract. I, ni 8, 10, 25, 26.

(2) ROCCO, op. cit., cap. XXIII e XIX, parte 1ª.

(3) Pag. 176 a 178, edizione di Livorno.

di ciascuno: che la persona abbia secondo la legge della sua patria lo stato di figlio legittimo, e in conseguenza certi diritti sui beni del padre, ne segue, che come lo stato dev'essere riconosciuto dovunque, così devono essere rispettati anche i diritti che vi sono annessi.

Noi non ammettiamo il concetto della realità secondo la vecchia scuola, ed opiniamo che la legge stessa, che regola i rapporti reciproci dei membri della famiglia debba regolare i diritti degli stessi sul patrimonio familiare, ovunque questo sia situato, purchè non ne sia offesa la legge territoriale e l'economia della proprietà. Del resto siccome il più importante diritto, che dalla legittimazione deriva, si è quello di potere succedere nei beni del padre, così noi tratteremo più largamente la quistione a suo luogo.

756. Si è disputato, se la legittimazione per *rescriptum principis* debba essere efficace dovunque, come è tale quella per *subsequens matrimonium*. Alcuni scrittori sostengono, che la legittimazione acquistata in virtù di un privilegio concesso dalla sovrana autorità non possa valere che nel territorio, in cui governa il sovrano che conferì il beneficio. Noi però opiniamo, che secondo la legge personale debba decidersi se il figlio sia spurio, naturale, legittimo o legittimato, e che dovunque debba esser riconosciuto lo stato di ciascuno, così come esso è stabilito dalla legge personale. Se secondo la legge della patria dell'individuo la legale finzione per la quale *justi legitimi efficiuntur* può essere l'effetto di un rescritto del principe, quegli che acquistò lo stato di figlio legittimo per un atto della sovrana autorità dev'essere come tale riconosciuto anche altrove, non perchè il sovrano abbia autorità in paese straniero, ma perchè lo stato della persona dev'essere riconosciuto dovunque.

Nessuna distinzione dev'essere fatta nell'applicare la regola, nell'ipotesi che la legittimazione per rescritto del Principe non sia ammessa secondo la legge personale della madre, perchè siccome costei segue la condizione del marito, ed ogni controversia, che concerna i rapporti dell'uno e dell'altra con i figli, dev'essere decisa a norma della legge personale del marito, che è capo della famiglia, così non occorre preoccuparsi di quanto dispone la legge dello Stato di cui la moglie abbia avuta la cittadinanza prima del matrimonio. Conseguen-

temente una francese unita in matrimonio ad un italiano, qualora militassero le condizioni richieste dal Codice civile italiano, onde si potesse far luogo alla legittimazione per decreto reale, potrebbe valersi di quanto la legge italiana dispone, e non dovrebbe essere d'ostacolo, suppostochè la legittimazione fosse stata accordata per decreto reale, che la legge francese non ammettesse la legittimazione per rescritto, così come la legge italiana, perchè, siccome codesta francese sarebbe divenuta in virtù del matrimonio italiana, e dovrebbe rimanere soggetta alle leggi personali del marito, e si tratterebbe in sostanza di attribuire la qualità di figlio legittimo ad un italiano, così tutto dovrebbe dipendere dalla legge italiana, e lo stato di legittimato acquistato dal figlio in conformità dalla legge personale di lui dovrebbe essere dovunque rispettato.

Vogliamo esaminare un'ultima ipotesi, quella cioè della legittimazione per rescritto del Principe, che può essere concessa a solo fine di eliminare l'ostacolo di esercitare certe pubbliche funzioni. Deve ammettersi che il sovrano di uno Stato, possa concederla anche ad uno straniero. Siccome però questo sarebbe un vero atto di sovranità ed un favore accordato dal capo dello Stato, così riesce chiaro, come gli effetti di tale beneficio debbano essere ristretti nei limiti del territorio soggetto all'autorità del sovrano. Cotesto atto sarebbe in verità un atto politico, che non eserciterebbe nessuna influenza sullo stato personale, perchè nessun sovrano può coi suoi decreti e rescritti modificare la condizione civile e lo stato personale di uno straniero.

CAPITOLO VIII.

Dell'adozione.

757. Carattere dell'adozione nei tempi moderni. — 758. Della capacità per l'adozione. — 759. Si esamina la questione se lo straniero possa adottare ed essere adottato. — 760. Delle condizioni intrinseche richieste per l'adozione. — 761. Adozione del figlio naturale di uno straniero. — 762. Effetti che derivano dall'adozione. — 763. Si esamina la questione se l'adottato acquisti la cittadinanza dell'adottante.

757. L'adozione è un atto giuridico solenne, mediante il quale si stabilisce fra due persone un rapporto meramente civile analogo a quello che risulta dalla paternità e dalla filiazione legittima. Noi troviamo questa istituzione fino da tempi antichissimi, presso gli Egizi, i Greci ed i Romani (1). Questi sopratutto ricorsero frequentemente all'adozione per più ragioni: principalmente per perpetuare il proprio nome in mancanza di figli, e per mantenere il culto domestico dei *sacra privata*. Essi ammisero due specie di adozione, una per le persone *alieni juris*, e l'altra per le persone *sui juris*, distinguendole col nome di adozione propriamente detta, e di arrogazione (2). Negli Stati moderni il carattere di questa istituzione si è notabilmente modificato; essa però è riconosciuta dalla maggior parte delle legislazioni, specialmente dopo che la Francia introdusse l'adozione propriamente detta (1792), quasi sconosciuta prima della rivoluzione (3).

Esaminiamo ora qual sia la legge secondo cui debbono determinarsi le condizioni, le solennità, gli effetti giuridici dell'adozione, e diremo poscia se da questa derivi mutamento di cittadinanza nell'adottato.

---

(1) Grenier, *Disc. histor. sur l'adoption.*

(2) Instit., *De adoptionibus*, lib. I, tit. xi; Dig., *De adoptionibus et emancipationibus*, lib. I, tit. vii.

(3) Confr. *Nouveau Denizart*, t. I, v° *Adoption*, § 3, n° 1; Merlin, *Répert.*, v° *Adoption*, § 1; Décret 25 janvier 1793. Vedi il mio articolo nel *Digesto italiano*, v° *Adozione.*

758. L'adozione si può considerare come un rapporto convenzionale posto in essere mediante il consenso dell'una e dell'altra parte interessata, dal quale deriva una mutazione di stato. Per tutto ciò che si riferisce alla capacità attiva e passiva dell'adottante e dell'adottato si deve tener conto esclusivamente della legge della patria di ciascuno. Vi sono infatti alcuni Stati che non permettono l'adozione, come, per esempio, l'Inghilterra e i possedimenti retti dalla *Common Law*, gli Stati Uniti di America, l'Olanda, il Cantone di Vaud, la Luigiana, ecc. Altri permettono l'adozione e l'arrogazione come è negli Stati retti dal diritto romano e dal Codice di Baviera (parte 1ª, cap. IV, 10-11). Altri permettono l'adozione sotto certe condizioni. Così, per esempio, il Codice italiano (art. 202) permette l'adozione alle persone dell'uno e dell'altro sesso, le quali non abbiano discendenti legittimi o legittimati, abbiano compiuto cinquant'anni, e superino almeno di diciott'anni l'età di coloro che intendono di adottare. Il Codice francese (art. 343) richiede che l'adottato sia maggiorenne e che l'adottante lo superi in età di quindici anni. Il Codice austriaco (art. 173), il prussiano (art. 668) ed il bavarese proibiscono l'adozione a quello che ha fatto voto solenne di celibato, e l'ultimo di codesti codici toglie l'esercizio di questo diritto alle donne (art. 10-11) (1).

759. Alcuni scrittori hanno voluto sostenere che lo straniero non abbia la capacità attiva e passiva per adottare o essere adottato, perchè lo scopo di questa istituzione è di creare rapporti meramente civili di paternità e di filiazione ad imitazione della natura, e comecchè la si deve considerare come un privilegio che deriva dalla legge, così non ne possono fruire che i soli cittadini. Tale opinione è mantenuta da molti giureconsulti francesi per le adozioni di stranieri in Francia (2) ed è stata sanzionata dalla Corte di Cassazione di Parigi (3). Le principali ragioni addotte sono, che essendo l'istituzione dell'adozione un bene-

---

(1) ANTOINE DE SAINT-JOSEPH, *Codes étrangers*.

(2) DELVINCOURT, t. I, pag. 417; MERLIN, *Quest.*, vº *Adoption;* DURANTON, nº 287; DE CHASSAT, nº 225; FOELIX, nº 36; MARCADÉ, art. 346; DALLOZ, vº *Adoption*, nº 111.

(3) Cassazione francese, 5 août 1823 (Dugied; SIREY, 1823, I, 353), 7 juin 1826 (Canillac; SIREY, 1826, I, 330).

ficio accordato dal Codice civile, non può essere invocato che da quelle persone che godono i diritti civili: così lo straniero, che non sia nei casi eccezionali preveduti dagli articoli 11 e 13 del Codice Napoleone, non ha capacità attiva o passiva per l'adozione.

Il Demolombe osserva ancora, che dall'adozione segue il diritto di successione a vantaggio dell'adottato, e quantunque la legge del 14 luglio 1819 abbia concesso agli stranieri la facoltà di succedere in Francia, pur non ostante, considerando che dall'adozione non ne deriva una semplice indicazione di erede, ma bensì un'istituzione tutta speciale permessa dalle leggi civili, gli stranieri non possono parteciparne senza che una concessione espressa o tacita abbia loro concesso un tal beneficio (1).

Per quello che si riferisce alla questione generale osserviamo, che presso i Romani era ragionevolmente proibito di adottare uno straniero o di essere adottato, perchè non era possibile alcuna parentela civile o *agnatio* tra un cittadino romano e un peregrino, e oltracciò l'adozione era un mezzo per acquistare la patria potestà, diritto esclusivo del cittadino romano, a cui non potevano partecipare gli stranieri, ed inoltre la forma della triplice *mancipatio* e della *cessio in jure* (2), richiesta prima di Giustiniano per l'adozione propriamente detta, non era permessa ai peregrini. Nei tempi moderni, studiando le modificazioni che ha subite questa speciale istituzione, noi non troviamo ragioni per impedire agli stranieri di goderne.

L'adozione infatti è un rapporto giuridico essenzialmente consensuale che si pone in essere mediante il concorso di due volontà, delle quali una è diretta ad assumere la qualità di padre, l'altra ad accettare quella di figlio adottivo. Alcune leggi come, per esempio, il Codice prussiano (art. 714), dispongono formalmente che l'adozione possa essere rivocata col consenso delle parti interessate e colla sanzione del tribunale superiore: il nostro Codice tace. Che se in principio può discutersi sulla revocabilità dell'adozione per consenso delle parti, è non pertanto incontrastabile che, dato pure che l'adozione debba

(1) DEMOLOMBE, *Adoption*, n° 48; *Publication des lois*, n° 245.
(2) GAIO, I, § 134; ULP., VIII, 5; X, 1; AULO GELLIO, lib. V, cap. XIX

reputarsi come una condizione civile permanente ed immutabile, valutando il modo di porla in essere, la natura propria di tale istituto sia quella di una convenzione consensuale, e che non possa essere di ostacolo la differenza di cittadinanza tra l'adottante e l'adottato.

Non intendiamo di esaminare la quistione speciale delle adozioni in Francia; vogliamo solo notare, che quantunque gli stranieri non vi abbiano il godimento di tutti i diritti civili come i francesi, sono pur tuttavia ammessi a godere di tutti i diritti civili che la legge loro non proibisce, e poichè tra i requisiti richiesti dal Codice Napoleone per adottare o essere adottato non si trova quello di essere cittadino della stessa patria, si può sostenere che lo straniero abbia in Francia la capacità di adottare. Questa è pure l'opinione di valenti giureconsulti come il Vallette, lo Zaccaria, il Demangeat (1), fra i quali quest'ultimo dice bene a ragione, come il sostenere oggi che il contratto di adozione non possa aver luogo tra un francese e uno straniero, è una teoria in appoggio della quale è impossibile portare altro che parole e formole vuote di senso. Se una straniera può godere tutti gli effetti civili del matrimonio maritandosi ad un francese, e se i rapporti di paternità e di filiazione possono derivare dal matrimonio e dall'adozione, non vi è ragione per proibire il secondo modo agli stranieri, mentre la legge non lo ha espressamente dichiarato.

In ogni caso se si vuole in Francia discutere dell'efficacia delle adozioni nella persona di uno straniero, in Italia ogni questione è eliminata dall'art. 3 del Codice civile che concede allo straniero di godere di tutti i diritti civili attribuiti ai cittadini.

Ammettiamo altresì, che quand'anche l'adottante e l'adottato siano stranieri e di paese diverso, non possa essere loro impedito di fare l'atto solenne di adozione in Italia, purchè però essi sieno capaci secondo le leggi della loro patria, e uno di essi abbia il suo domicilio nel regno per stabilire la competenza del nostro magistrato. L'adozione infatti per tutto quello che attiene alla sua ragione di rapporto

---

(1) VALLETTE, *Sur Proudhon*, t. I, p. 177; ZACCARIA, § 78; DEMANGEAT, *Condition civile des étrangers en France*, pag. 362 e la nota *a* sul n° 36 del Fœlix; DRAGOUMIS, *Condition de l'étranger en France*, p. 372.

consensuale può sussistere in qualunque Stato la di cui legge riconosca tale istituto. Certamente un inglese domiciliato in Italia non potrebbe adottare, perchè tale rapporto sarebbe inefficace secondo la legge della sua patria; ma un francese può benissimo adottare un austriaco, quando si verifichino le condizioni richieste dalla legge francese ed austriaca per la capacità di ciascuno di essi.

760. Non soltanto la questione di capacità, ma altresì le condizioni intrinseche richieste per l'adozione, devono essere rette dalla legge personale di ciascuno, quando essa segua in paese straniero. Non potrebbe essere il caso di voler applicare a tale negozio giuridico le regole che si applicano ai rapporti contrattuali posti in essere mediante il consenso delle due volontà, adducendo che siccome l'adozione è un rapporto, che acquista esistenza giuridica, in virtù dell'accordo di due volontà, delle quali una assente di assumere la qualità di padre, l'altra quella di figlio adottivo, ed avendo come tale i caratteri di un contratto, dev'essere perciò soggetto alle stesse regole, che i contratti fatti all'estero.

Contro tale modo di argomentare starebbe sempre la grave ragione, che l'adozione, benchè posta in essere col consenso, produce una modificazione di stato personale secondo le leggi dei paesi che l'ammettono, e pel generale principio che i cittadini all'estero non possono sottrarsi alle leggi della loro patria, che concernono i rapporti di famiglia e le quistioni di stato personale, se ne deve dedurre, che un italiano, ad esempio, non potrebbe sottomettersi alla legge prussiana, ed a cagione dall'aver fatto l'adozione in Prussia, addurre poi di poterla revocare a norma della legge prussiana, che ammette la revoca dell'adozione col consenso delle parti e colla sanzione del tribunale superiore. Lo stato di figlio adottivo di un italiano o di un francese non può essere acquistato che sotto le condizioni stabilite dalla legge italiana o da quella francese, e deve rimanere soggetto all'una o all'altra legge, così come deve rimanervi ogni questione che concerna lo stato personale dei cittadini dell'uno o dell'altro paese. La legge dello Stato in cui fu posta in essere l'adozione può essere utilmente invocata nelle controversie soltanto che possono riguardare la forma dell'atto, alla quale deve essere applicata la regola *locus regit actum*.

761. *Quid juris* nel caso che uno straniero domiciliato in Italia volesse adottare un figlio naturale riconosciuto? Se si trattasse di adottare un italiano, bisognerebbe risolvere la proposta questione negativamente perchè il Codice italiano dispone all'art. 205 che i figli nati fuori di matrimonio non possono essere adottati dai loro genitori. Il nostro legislatore che permette la legittimazione per seguente matrimonio, e per rescritto reale, e che considera l'adozione come un mezzo per creare per finzione giuridica i rapporti di paternità o filiazione, proibisce ragionevolmente di adottare il figlio naturale, secondo scrisse Cujacio: *adoptio est actio legis qua* QUI FILIUS MEUS NON EST *ad vicem filii redigitur.* La difficoltà potrebbe sorgere nell'ipotesi di un francese, il quale volesse adottare il figlio naturale. Secondo il diritto francese è infatti controverso se possa farsi luogo all'adozione. Pareva che la giurisprudenza avesse definita valida l'adozione del figlio naturale, perchè quindici Corti imperiali su diciannove l'avevano sanzionata, e la Corte di cassazione confermando la decisione della maggioranza delle Corti imperiali aveva decretato che il Codice Napoleone non si opponeva ad essa (1). Posteriormente la stessa Corte ritrattando la sua dottrina la dichiarò proibita (2), e finalmente tornò a giudicare che era permessa (3). Senza allungarci a discutere la quistione innanzi a questa o a quella legge positiva, noi ci contenteremo di notare che siccome le quistioni che concernono lo stato delle persone debbono essere risolute a norma delle leggi straniere, alle quali esse sono soggette, così bisognerà in massima tener presente la legge personale dell'adottante e dell'adottato, onde decidere se possa farsi luogo alla adozione. Del resto, se si trattasse di fare l'adozione in Italia, essa dovrebbe essere autorizzata dalla Corte, la quale, in virtù dell'art. 216, può autorizzarla o non autorizzarla, decretando che essa possa o no aver luogo, senza esprimere i motivi della sua autorizzazione o del suo diniego. Può quindi bene accadere, che la Corte non consenta l'adozione del figlio naturale per parte di uno straniero, ma essa

---

(1) 28 avril 1841, Boirot, *Dev.* 1841, I, 273.
(2) 16 mars 1843, Thoreau, *Dev.* 1843, I, 177.
(3) 1 avril 1846, Bouleau, *Dev.* 1846, I, 273.

potrebbe anche consentirla attenendosi allo statuto personale del medesimo.

Così dovrebbe risolversi parimente la controversia se un prete straniero volesse adottare un cittadino dello Stato. Qualora esistesse un divieto, secondo la legge personale di lui (così come avviene secondo il Codice austriaco, art. 179, quello prussiano, art. 670, quello bavarese, art. 10; i quali proibiscono l'adozione a coloro che abbiano fatto voto di celibato), questa non potrebbe aver luogo non ostante che il divieto non esistesse secondo la legge personale dell'adottato. Qualora poi la legge estera dell'adottante non contenesse nessuna disposizione espressa, bisognerebbe attenersi a quanto abbiamo detto rispetto all'adozione del figlio naturale.

762. A riguardo dei diritti che derivano dalla paternità e dalla filiazione adottiva (1) ed a riguardo di tutti i rapporti giuridici dell'adottato con l'adottante e della famiglia di questi si deve applicare la legge nazionale dell'adottante, mentre per regolare i diritti e gli obblighi tra l'adottato e la sua famiglia naturale deve applicarsi la legge nazionale dell'adottato. Così, per esempio, se un coniuge adottasse senza il consenso dell'altro coniuge, e l'adottante fosse un francese, l'adozione potrebbe essere annullata, perchè l'art. 344 del Codice Napoleone dispone che nessun coniuge può adottare senza il consenso dell'altro; ma se l'adottante fosse un prussiano, l'adozione sarebbe valida perchè il Codice prussiano dispone (art. 676) che se il marito adotti senza il consenso della moglie, l'adozione sarà considerata non esistente solo per i diritti della moglie nella successione del marito, e l'adottato sarà, riguardo all'altro coniuge, come il figlio di un altro letto (art. 686). Se l'adottato fosse un italiano minore non emancipato, il padre suo naturale conserverà la patria potestà fino a 21 anno, perchè nel sistema del nostro Codice, a norma dell'art. 212, l'adottato conserva tutti i diritti e i doveri verso la sua famiglia naturale.

---

(1) Dalloz, v° *Adoption*, n° 99; Demolombe, *Traité de l'adoption*, n° 54; Cassaz. franc., 26 nov. 1844 (Nouel), *Dev.* 1844, I, 801.

763. Una delle quistioni che si può elevare circa gli effetti che possono derivare dall'adozione, si è quella se l'adottante acquisti la cittadinanza del padre adottivo. Tale quistione è stata discussa dal Rocco.

Egli osserva che l'imitazione della natura sarebbe imperfetta, se non si facilitasse la omogeneità della vita privata, tra il padre e il figlio adottivo, con l'omogeneità della vita civile, e quindi opina che sarebbe conveniente per lo meno facilitare all'adottato, l'acquisto della cittadinanza dell'adottante.

Questa è una teoria che può pure sostenersi in *jure constituendo*. Si può osservare in contrario, che, siccome il figlio adottivo conserva pure i rapporti con la famiglia naturale e d'altra parte la diversità di cittadinanza non può reputarsi un ostacolo ai rapporti che derivano dall'adozione, ed in ogni caso poi deve essere lasciato in piena facoltà della persona il mutamento della originaria cittadinanza, così non può sembrare necessario, ammettere tra gli effetti dell'adozione quello di mutamento di cittadinanza.

Di fronte al diritto positivo non può essere poi dubbiosa la soluzione della proposta quistione. Si deve infatti decidere a norma della legge di ciascuno Stato, chi sia cittadino, chi sia straniero, e quali siano i mezzi, con i quali gli stranieri possono divenire cittadini. Bisognerà quindi attenersi a quanto ciascuna legge dispone onde decidere se l'adozione possa condurre all'acquisto della cittadinanza dell'adottante senza le forme ordinarie della naturalizzazione.

LIBRO TERZO

DEI DIRITTI CHE HANNO PER OGGETTO LE COSE

764. Concetto generale del presente Libro.

764. Nei due Libri antecedenti noi ci siamo proposti di esporre i principii, secondo i quali dev'essere determinata la legge, destinata a governare i diritti personali dell'individuo considerato nei suoi rapporti cogli altri o con la famiglia, di cui esso è membro, e abbiamo cercato di stabilire, quale debba essere l'autorità territoriale o estraterritoriale di ciascuna legge in quello, che essa regola l'acquisto, l'esercizio, la conservazione di ogni singolo diritto appartenente alla persona, e dei rapporti di famiglia, che sono la conseguenza del matrimonio, mediante il quale la famiglia è costituita. In questo Libro ci proponiamo d'investigare, quale sia la legge, alla quale dev'essere sommesso ciascun particolare rapporto giuridico, che abbia per oggetto le cose, vale a dire dobbiamo determinare l'autorità territoriale o estraterritoriale di ciascuna legge in quanto essa regoli l'acquisto, l'esercizio, la conservazione di ogni diritto della persona sulle cose, che possono essere di codesto diritto l'obietto.

La parola *cosa* denota in generale qualunque oggetto materiale, non suscettibile di capacità giuridica, che cade sotto i nostri sensi, e che può essere obietto di un diritto. I giuristi hanno fatto la distinzione di cose corporali e di cose incorporali *res incorporales;* noi però non ci occuperemo di queste nel presente Libro, ma soltanto delle cose materiali.

Queste sono state denominate *beni*, e quindi nel diritto positivo è stata fatta la distinzione tra beni mobili e beni immobili. Dobbiamo

notare che la parola beni ha un significato più largo. Essa può essere infatti adoperata per denotare qualunque ente, che può arrecare una utilità alla persona. *Bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt, beare est prodesse* (1). Presa in tale significato la parola *beni* può valere ad esprimere tutto quello, che è nel patrimonio di una persona. Ci sembra più corretto quindi di adoperare la parola *cosa*. Ammettiamo la distinzione delle cose in mobili ed immobili, e la conseguente distinzione tra diritti mobiliari ed immobiliari sotto il rispetto degli oggetti del diritto.

I diritti sulle cose possono cadere sulla cosa che appartiene in proprio alla persona, *jura in re*, e questi sono tutti i diritti, che costituiscono la proprietà, e che sono comprese nel diritto di proprietà, o che dal medesimo derivano. Essi possono cadere altresì sulla cosa altrui, *jura in re aliena*, e questi sono la servitù, l'enfiteusi, la superficie, il pegno, il diritto di ritenzione, l'ipoteca.

Noi discorreremo partitamente di tutti codesti diritti sotto il rispetto della legge che deve regolarli.

---

(1) L. 49, Dig., *De verb. signif.* (50-16).

CAPITOLO I.

Della condizione giuridica delle cose.

765. È importante determinare quali sieno le cose immobili e le cose mobili — 766. La qualificazione delle cose deve dipendere dalla *lex rei sitae* — 767. Sono diverse le disposizioni legislative circa gl'immobili per destinazione. — 768. Interessa di stabilire se debba ammettersi l'autorità dello statuto personale per decidere se le cose mobili debbano o no ritenersi immobilizzate. — 769. Si esclude l'autorità di esso a riguardo di ciò. — 770. Applicazione della teoria. — 771. L'autorità della legge territoriale a riguardo della qualificazione delle cose dev'essere assoluta. 772. Cittadini della stessa patria che contrattino all'estero circa le loro cose mobili poste ivi fuori di commercio.

765. Ciascuna legge determina come le cose debbano essere divise nella duplice categoria di cose immobili e di cose mobili, e stabilisce, quali siano quelle, che devono ritenersi comprese nell'una o nell'altra. Tale distinzione ha una grandissima importanza nel diritto moderno a riguardo dei diritti appartenenti alle persone, essendochè dipenda dalla qualificazione delle cose, che si trovano nel territorio dello Stato, astrazione fatta dalle persone, alle quali esse appartengono, il decidere se certi diritti possano rispetto ad esse essere acquistati e trasmessi; se debba ritenersi efficace un determinato modo di acquistarli e di trasmetterli; e quali siano poi le azioni, che possono essere utilmente esercitate a garanzia degli stessi diritti.

766. In forza del principio non controverso, il quale stabilisce, che ciascun Sovrano eserciti il suo potere esclusivo d'imperio e di giurisdizione su tutta l'estensione del territorio, deve ammettersi, che non solo il territorio, ma le cose ancora che sono in esso contenute debbano essere soggette all'*imperium*, all'*auctoritas*, alla giurisdizione del Sovrano territoriale; e da ciò l'assioma *quid quid est in territorio est etiam de territorio.*

Da questo principio ne consegue, che la qualificazione delle cose, rispetto alla loro condizione giuridica, deve dipendere assolutamente dalla legge territoriale, perchè in sostanza il legislatore, disponendo

intorno a ciò, non si preoccupa, se esse appartengano a questa o a quella persona, ad un cittadino o ad uno straniero, ma considerandole in sè stesse, come oggetti del diritto, ne determina la qualità, e la condizione giuridica come tali.

A primo aspetto può sembrare, che nessun dubbio ragionevole possa sorgere intorno a ciò, le difficoltà non pertanto possono nascere, perchè alcuni oggetti mobili per natura, possono essere dichiarati immobili per disposizione di legge. I legislatori hanno infatti dichiarate immobili alcune cose mobili in considerazione della loro destinazione, come sarebbero ad esempio gli animali addetti alla cultura, gl' istrumenti rurali, gli utensili necessari alle fabbriche, e via dicendo; ed altre le hanno dichiarate immobili in considerazione dell'oggetto a cui si riferiscono, come ha fatto la legge italiana, la quale reputa immobile il diritto dell'enfiteuta sui fondi soggetti ad enfiteusi; le azioni che tendano a ricuperare immobili, o diritti ad essa relativi.

767. Giova inoltre tener presente, che le leggi dei diversi paesi non sono sotto questo rispetto conformi. Così la legge austriaca considera come cose immobili non solo gli animali addetti alla cultura, ma ancora tutto ciò che serve al loro nutrimento, e tutti i prodotti del terreno, benchè già raccolti, se necessari alla continuazione dell'ordinaria economica amministrazione del fondo, mentre che secondo la legge nostra sono immobili gli animali addetti alla cultura, ma i prodotti del suolo già raccolti sono reputati mobili. Secondo il Codice olandese, art. 563, gli alveari sono classificati tra i beni mobili, mentre che essi sono classificati tra gl' immobili per destinazione a norma dell'art. 413 del Codice nostro. Secondo il Codice francese tutte le cose non enumerate nell'art. 524 del medesimo, benchè consegnate dal proprietario al mezzaiuolo o all'affittuario pel servizio e la coltivazione del fondo, non sono reputate immobili per destinazione, mentre sono tali a norma dell'art. 413 del Codice nostro, il quale dichiara immobili per destinazione tutte le cose mobili, che il proprietario consegni all'affittuario o al mezzaiuolo pel servizio e per la coltivazione del fondo. Tralasciamo di addurre altri esempi.

768. Il principio sancito dall'art. 300 del Codice civile austriaco, il quale stabilisce, che le cose immobili siano soggette alla legge del

luogo, in cui sono situate, e che tutte le altre invece debbano esserlo a quelle leggi a cui è soggetta la persona del proprietario, è conforme alla regola tradizionale ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza di tutti i paesi, le quali, ritenendo la massima *mobilia personam sequuntur*, *mobilia ossibus personae inhaerent*, hanno costantemente reputato, che le cose mobili, sotto il punto di vista della legge applicabile a regolare i diritti su di esse, debbono essere rette dalla legge personale della persona, alla quale esse appartengano, essendochè la loro situazione reale debba reputarsi sotto tale rispetto del tutto indifferente. Posto tale principio sorge naturalmente il dubbio, se la legge personale del proprietario, la quale ritiene una data cosa mobile, possa valere a farla ritenere tale dovunque, e quindi anche nell'ipotesi, in cui essa si trovi in un altro paese, ove secondo la legge territoriale sia dichiarata immobile o in considerazione della sua destinazione, o in considerazione dell'oggetto a cui si riferisce.

Il risolvere tale controversia nel senso affermativo o negativo può dar luogo ad importanti pratiche conseguenze giuridiche, imperocchè la capacità stessa delle persone a fare validamente certi atti dipende in alcuni casi dalla condizione giuridica delle cose, così ad esempio l'alienazione delle cose appartenenti ad una donna maritata italiana non autorizzata non è valida a norma dell'art. 134 se si tratta d'alienare una cosa immobile, ma è valida se si tratta di una cosa mobile. E lo stesso può dirsi rispetto alla validità degli atti fatti da chi amministra, i quali, siccome sono soggetti a diverse formalità sostanziali, secondo che si tratti di cose immobili o di cose mobili, così è naturale, che tutto debba dipendere dalla qualificazione giuridica delle cose; conseguentemente può nascere il dubbio, se la legge personale, che deve regolare la capacità e la validità degli atti, debba avere altresì autorità a fare considerare una data cosa, come oggetto del diritto, mobile dovunque, solo perchè essa l'abbia dichiarata tale.

Noi abbiamo sostenuto innanzi, che l'assenza e le conseguenze giuridiche che da essa derivano, per quanto concerne i diritti spettanti alle persone, devono essere governate dalla legge personale. Ora supponiamo, che i presunti eredi abbiamo ottenuto l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, e che secondo la legge

personale, sia concesso agl'immessi nel possesso provvisorio di alienare i beni mobili, e che ai medesimi sia vietato di fare altrettanto rispetto agl'immobili, per decidere in tale circostanza, se la vendita degli alveari, che si trovino nel fondo esistente in Italia di uno straniero dichiarato assente, possa o no essere validamente fatta, tutto dipende dallo stabilire, se tali cose debbano essere classificate tra i mobili o tra gl'immobili. Ritenuto il principio che tutto il regime dell'assenza debba essere governato dalla legge personale, si potrebbe a ragione da questo dedurre, che, dato il presupposto che la legge personale, a somiglianza di quanto dispone il Codice olandese, classificasse gli alveari tra le cose mobili, dovesse essere concesso agli immessi nel possesso di un assente, cittadino di un paese retto da somigliante legge, di alienare i detti beni, in conformità della legge straniera, che dovesse regolare i diritti di codesti presunti eredi, e che qualificasse gli alveari tra le cose mobili.

769. Dobbiamo non pertanto osservare, che non può essere il caso di ammettere a tale riguardo l'autorità dello statuto personale, perchè la legge, la quale determina, e stabilisce la condizione giuridica delle cose, dispone intorno ad esse senza preoccuparsi dei rapporti tra la cosa e la persona, cui essa appartiene; essa invece le considera in sè stesse, ed obbiettivamente, e non solo sotto il rispetto della capacità di acquistarle e di trasmetterle, ma sotto il rispetto altresì dei diritti appartenenti ai terzi, e a tutti coloro, che possono avere un interesse diretto o indiretto nel regime della proprietà; per lo che non si può fare a meno di riconoscere, che la disposizione della legge è fondata sulle considerazioni d'interesse generale, e che deve avere per questo autorità territoriale, escludendo assolutamente l'applicazione della legge personale del proprietario della cosa.

I diritti reali acquistati dai terzi sull'immobile esistente sul territorio dello Stato si estendono naturalmente a tutti i suoi accessori, per lo che, se la legge territoriale avesse qualificato immobili per destinazione le cose che il proprietario di un fondo avesse destinato al servizio ed alla coltivazione del medesimo, essa avrebbe così stabilito, che i diritti reali spettanti ai terzi sull'immobile dovessero reputarsi estesi anche a tali accessori, e conseguentemente a tutte le cose

mobili immobilizzate per destinazione. Ora riesce chiaro che l'ammettere l'autorità della legge personale del proprietario della cosa mobile per determinare a norma di essa la condizione giuridica di codesta cosa, che effettivamente si trovasse sul territorio dello Stato, equivarrebbe a disconoscere la massima non contestata, la quale stabilisce che il territorio, con tutto ciò che in esso è contenuto, è soggetto all'*imperium*, all'*auctoritas*, alla giurisdizione del Sovrano. Il principio, che le cose mobili sono soggette alla legge personale del proprietario, non potrebbe invalidare la forza di tale massima, perchè nessuna legge straniera può menomare l'autorità del Sovrano territoriale in quello che provvede colle proprie leggi a tutelare gl'interessi generali ed il diritto sociale su tutto il territorio soggetto al suo impero.

770. Nel caso da noi esaminato, quello cioè della vendita degli alveari, qualificati mobili secondo la legge personale ed immobili secondo la legge territoriale, non bisogna fermarsi a considerare solo i rapporti tra la persona e la cosa, ma conviene altresì tener presente le conseguenze, che deriverebbero rispetto ai terzi, se si ammettesse, che la legge personale del proprietario, che ritenesse mobile una data cosa, potesse avere autorità dovunque. Basta infatti considerare, che per decidere, a modo di esempio, se l'azione ipotecaria debba essere estesa a quei determinati oggetti, che si trovano sul fondo ipotecato, tutto dipende dal decidere se tali oggetti debbano essere o no considerati come un accessorio dell'immobile gravato d'ipoteca, e, posto che la condizione giuridica delle cose debba essere retta dalla legge territoriale esclusivamente, se ne potrebbe dedurre, che in virtù del principio, che l'ipoteca si estende agli accessori del fondo ipotecato, l'azione ipotecaria contro un fondo appartenente ad un olandese esistente in Italia, si dovesse estendere anche agli alveari, che in esso si trovassero. Ora dato che fosse ritenuto come regola che la condizione giuridica dei mobili localizzati dovesse essere determinata a norma della legge territoriale, e non già a seconda della legge personale di colui che sia proprietario della cosa, sarebbe vano l'addurre che, a norma del Codice civile olandese, essi sono classificati mobili, e che a seconda della legge nostra, art. 1967, i mobili non sono suscettibili ad ipoteca.

Questo non è al certo il solo esempio, nel quale dall'ammettere l'autorità dello statuto personale, onde qualificare a norma di esso le cose mobili appartenenti ad uno straniero, possa derivarne il pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi sulle cose stesse. In altri casi può nascere lo stesso pregiudizio.

Supponiamo che certe cose fossero state vendute a due persone consecutivamente, alla prima con contratto verbale ed alla seconda con atto scritto in un paese ove secondo la legge vigente la vendita degl' immobili non potesse essere valida, se non quando fosse fatta con atto scritto. Supponiamo che la qualificazione giuridica della cosa fosse diversa secondo la legge personale del proprietario, e la *lex rei sitae*, dichiarando la prima le dette cose mobili, e la seconda immobili per destinazione. Date tali circostanze ne seguirebbe, che ammettendo l'autorità dello statuto personale dovrebbe essere preferito il primo compratore a cagione del doversi, a norma di codesto statuto, qualificare quelle cose come mobili, mentre ammettendo invece l'autorità della legge territoriale dovrebbe essere preferito il secondo compratore, a cagione del doversi reputare le dette cose immobili e dell'avere egli fatta la compra con atto scritto.

Ora come giustificare l'autorità dallo statuto personale, sol perchè si tratti di cose mobili, mentre che ne deriverebbe una lesione dei diritti acquistati dal terzo in virtù della qualificazione attribuita alla cosa secondo la legge territoriale? Non può al certo ammettersi che il proprietario possa invocare la sua legge personale per pregiudicare ai diritti quesiti dei terzi sotto la tutela delle leggi vigenti sul territorio.

771. La nostra teoria deve valere anche rispetto alle cose mobili considerate immobili per l'oggetto a cui si riferiscono, perchè bisogna sempre riconoscere, che le leggi, le quali dispongono nell'una o nell'altra maniera, sono fondate su considerazioni d'interesse generale o per provvedere ai bisogni del commercio, o ad altre comuni necessità.

Da quanto abbiamo detto possiamo concludere, che l'autorità della legge territoriale, per quello che concerne la classificazione e la distinzione delle cose in mobili ed immobili, dev'essere assoluta ed esclusiva sotto ogni rispetto. Deve inoltre dipendere dalla legge mede-

sima lo stabilire, quali siano le cose in commercio e quali quelle fuori di commercio; quali le cose private e quali le pubbliche, e tutto ciò che concerne la condizione giuridica di ogni oggetto, che attualmente ed effettivamente si trovi nel territorio, sul quale la sovranità esercita il suo impero.

772. Reputiamo opportuno soltanto di notare, che qualora due cittadini della stessa patria, trovandosi in paese straniero, ove secondo la legge fossero dichiarate fuori di commercio certe cose mobili, che non fossero reputate tali secondo la legge della loro patria, avessero intorno ad esse contrattato, non potrebbero al certo pretendere che tale contratto fosse considerato valido in quello Stato, ove essi lo avessero conchiuso, perchè dovendosi esso ritenere contro le leggi proibitive di quello Stato, o contro i regolamenti di polizia del medesimo, non potrebbe avere nessun valore dinanzi ai tribunali dello stesso, ma questo non impedirebbe che il contratto fosse dichiarato valido ed efficace nella loro patria, nè sarebbe un motivo sufficiente l'addurre dinanzi ai tribunali di lei di aver formato oggetto del contratto quello che era fuori di commercio secondo la legge del luogo, ove codesto contratto era stato tra essi concluso, perchè trattandosi di cosa mobile, ed essendo i contraenti cittadini della stessa patria, non poteva essere inibito ad essi di riferirsi a tale legge per quanto potea concernere la sostanza del contratto, e la sua efficacia dinanzi ai tribunali della medesima.

CAPITOLO II.

Della legge che deve regolare il possesso e il diritto di ritenzione.

773. Il possesso può essere considerato sotto duplice rispetto:

1° Come un fatto puro e semplice e senza relazione allo acquisto ed all'esercizio di un diritto. Questo è il possesso naturale, che i romani dissero *nuda detentio, esse in possessione.*

2° Come un fatto giuridico, che, fatta astrazione da ogni diritto preesistente, produce non pertanto di per sè stesso certe conseguenze legali. Questo è il possesso in senso tecnico, o il possesso giuridico, e consiste nel fatto di colui, che mediante atti sensibili esercitati su di un oggetto esteriore, manifesta la propria intenzione di sottomettere tale oggetto all'esercizio di un diritto da parte sua.

Considerato sotto questo punto di vista il possesso produce importanti conseguenze giuridiche, sopratutto quando esso tende ad affermare un diritto di proprietà, o un diritto reale mediante la volontà di tenere la cosa *animo domini*, e di averla nella propria fisica

disponibilità, onde acquistare così su di essa, fatta astrazione da ogni diritto preesistente, il diritto di proprietà o un diritto reale.

Il possesso può essere pure considerato come un fatto giuridico, mercè il quale si manifesta e si esercita il dominio; ma inteso in questa maniera esso è piuttosto la manifestazione e l'esercizio del diritto preesistente, di cui è conseguenza, e costituisce propriamente l'*jus possidendi*.

Noi ci occupiamo in questo capitolo del possesso come fatto giuridico di per sè stante, e diciamo ch'esso dev'essere in generale governato come tale dalla legge del luogo, in cui la detenzione della cosa è realmente ed attualmente effettuata.

774. Riesce evidente, che il possesso, considerato come fatto giuridico, attuato sotto le condizioni determinate dalla legge territoriale, e fornito di tutti i requisiti da essa richiesti, deve produrre di per sè stesso tutte le conseguenze giuridiche che codesta legge a tale fatto attribuisce.

Da questo principio ne consegue, che qualunque possessore, sia esso cittadino o straniero, possa valersi di tutti i mezzi giuridici permessi dalla legge del luogo, nel quale possiede, o per far cessare il turbamento del possesso, e le cause che lo hanno molestato nel godimento, e così ottenere di essere mantenuto nel pacifico possesso; o, se di questo fosse stato spogliato, farsi rimettere nello stato anteriore all'attentato materiale, ed allo spogliamento, e così ricuperare il possesso perduto.

Si deve quindi ritenere come regola, che l'*jus possessionis* debba essere regolato dalla *lex rei sitae*, e che questa debba altresì governare le azioni possessorie. Non si può del resto far a meno di riconoscere essere un principio di ordine pubblico, quello che stabilisce, che nissuno possa essere turbato o spogliato del possesso di una cosa, che egli detiene sotto le condizioni contemplate dalla legge, finchè non venga giuridicamente provato, che il possesso da parte sua sia illegittimo. Questa controversia, per quello che concerne il fondo del diritto, se cioè il possesso possa o no essere considerato come manifestazione e conseguenza di un diritto preesistente, può essere risoluta in conformità della legge, che deve governare l'acquisto del diritto

di proprietà (della quale discorreremo in seguito), ma semprechè essa sia limitata al fatto del possesso, dev'essere risoluta esclusivamente in conformità della *lex rei sitae.*

775. Questo principio dev'essere applicato, tanto che si tratti di cose immobili, quanto di cose mobili. La natura diversa delle cose non può essere un motivo per sottometterle a riguardo di ciò ad un diritto diverso; nè si potrebbe invocare utilmente l'adagio *mobilia ossibus personae inhaerent*, ed il principio che ammette dover essere i mobili governati dovunque dalla legge personale del loro proprietario, per concludere, che la teoria da noi stabilita a riguardo del possesso e delle azioni possessorie non debba essere applicata per decidere circa l'autorità delle leggi in caso di possesso di mobili appartenenti a stranieri. Siccome fu detto innanzi (1) non si può ammettere che le cose mobili possano essere sottratte completamente alla legge del luogo ove esse si trovino. Si può soltanto concedere che i mobili, considerati come universalità, debbano reputarsi soggetti in massima alla legge della persona, alla quale essi appartengono, così come gli immobili considerati come universalità devono essere soggetti in massima alla *lex rei sitae,* ma non si può sostenere che ogni singola cosa mobile, la quale realmente ed attualmente si trovi in una data località, non debba essa pure rimanere soggetta alla legge in quel luogo imperante. Questo sopratutto deve ammettersi rispetto alle leggi, che hanno il carattere di leggi di ordine pubblico e di polizia, e che devono avere come tali autorità esclusiva nel territorio. Ora siccome sono tali quelle che regolano il possesso e le azioni possessorie, così riesce chiaro, che nessuna distinzione si possa ammettere nelle controversie relative al possesso secondo che esse cadano sulla cosa mobile o sulla cosa immobile appartenente ad un cittadino o ad uno straniero. L'autorità della *rex rei sitae* a riguardo di ciò deve ritenersi assoluta, esclusiva, e senza limitazione di sorta (2).

---

(1) Vedi la Parte generale, vol. I, § 91.

(2) DEMANGEAT sur FÆLIX, *Droit international privé*, t. I, p. 134, n° 62, LAURENT, *Droit civil international*, t. VII, n[i] 178, 226, 240 e seg.; BARDÉ; *Théorie traditionelle des statuts*, p. 10 e seg.; DURAND, *Droit intern. privé*,

776. In conseguenza di tali principii bisognerà decidere in conformità della *lex rei sitae* quali siano le cose e quali siano i diritti che possono essere oggetto dell'azione possessoria; le qualità che deve avere il possesso ed il tempo che deve aver durato per dar luogo all'azione possessoria, ed è perciò, che, se nel paese, ove la cosa mobile appartenente ad uno straniero attualmente si trovi, la legge sancisca la regola « in fatto di mobili il possesso vale titolo » attribuendo al possessore il diritto di opporsi in principio all'azione di rivendicazione da parte del proprietario, adducendo il fatto del possesso, come unico titolo per paralizzare l'azione per parte di lui, tale massima potrà utilmente essere invocata dal possessore contro lo straniero proprietario della cosa mobile, e la legge personale del medesimo, sulla quale egli fondi l'azione di rivendicazione, non potrà avere nessuna autorità per modificare la legge territoriale « *in fatto di mobili il possesso vale titolo* », neanche nell'ipotesi, che il possessore fosse anche lui uno straniero.

777. Vogliamo inoltre notare, che la teoria da noi stabilita deve trovare la sua applicazione anche nell'ipotesi, che le azioni possessorie siano esercitate dopo avere istituito il giudizio petitorio dinanzi al tribunale straniero a ciò competente, e che non si può incontrare nessun ostacolo nelle disposizioni sancite dalla legge territoriale, che inibisca d'istituire il giudizio possessorio dopo avere istituito il giudizio petitorio, perchè le disposizioni che regolano l'esercizio delle azioni, e la competenza dei tribunali dello Stato non possono trovare alcuna applicazione nell'ipotesi che il giudizio petitorio sia stato promosso dinanzi al tribunale straniero, perchè, anche in questa ipotesi, le disposizioni della legge territoriale, che regolano il possesso e le azioni possessorie, dovranno essere applicate senza preoccuparsi del giudizio petitorio istituito all'estero, il quale non potrà produrre nessun effetto, sino a tanto che il diritto del proprietario non sia stato riconosciuto con sentenza, e questa dichiarata eseguibile ed efficace

---

p. 410; Massé, *Droit commercial*, t. I, n° 551 e seg.; Weiss, *Droit international privé*, p. 767 e 768; Demolombe, *Titre préliminaire*, chap. III n° 98; Aubry et Rau, t. I, p. 102; Bacher, t. I, p. 18, n° 117.

nel luogo ove la controversia relativa al possesso sia stata promossa e decisa a norma della *lex rei sitae.*

778. Passiamo ora a discorrere del diritto di ritenzione.

Il diritto di ritenzione consiste nella facoltà spettante a colui, il quale abbia di fatto in suo potere una cosa altrui, e che abbia sostenuto delle spese per conservarla e impedire che perisse, o per aumentarne soltanto il valore, di ritenerla (di fronte ad uno che abbia il diritto di ottenerne la consegna o la restituzione), fino a tanto che non sia stato rimborsato di quanto per tale motivo abbia speso. Codesto diritto si fonda sui principii dell'equità naturale, ma noi intendiamo di occuparcene in quanto esso deriva dalla legge, la quale, sanzionando codesti principii, attribuisce al detentore della cosa altrui il diritto di esserne mantenuto nel possesso, fino a quanto colui, che abbia il diritto di ottenerne la consegna in qualità di proprietario o in forza di un rapporto di obbligazione, non gli abbia pagato il credito nato in conseguenza di fatti occasionali compiuti da parte di lui durante il possesso della cosa stessa per conservarla e migliorarla. A noi infatti interessa di discutere intorno a tale soggetto sotto il punto di vista soltanto della legge, la quale deve regolare il diritto di ritenzione legale, quando esso si fondi su di un'espressa disposizione di legge.

779. Giova premettere che nelle legislazioni positive il diritto di ritenzione è stato variamente considerato, e regolato. In alcune di esse soltanto si trova un complesso di disposizioni speciali relative a tale istituto, e ciò accade ad esempio nella legislazione prussiana, la quale contiene molte disposizioni, che lo contemplano nella sezione seconda del titolo XX, parte 1ª, del Codice §§ 536-567. In altre invece si trova riconosciuto tale diritto in alcuni casi contemplati nelle diverse parti della legislazione stessa. Così nella legislazione francese lo troviamo ammesso nell'art. 867 del Codice civile, che attribuisce al coerede obbligato alla collazione la facoltà di ritenere il possesso dell'immobile fino all'effettivo rimborso delle somme occorse per conservarlo e migliorarlo; lo stesso diritto troviamo riconosciuto negli art. 1948, 2280 del Codice civile, nell'art. 577 del Codice di commercio, oltre altri casi, che ' giuristi considerano come applicazioni speciali del diritto di ritenzione. Per lo che, ritenendo pure giusto quello che

scrive Laurent, che cioè nella legislazione francese manca un complesso di disposizioni positive a riguardo del diritto di ritenzione, bisogna non pertanto riconoscere che in diverse parti la legge francese contempla tale diritto (1).

Nel Codice civile austriaco a differenza delle altre legislazioni di origine germanica, non troviamo il diritto di ritenzione in materia civile. Infatti, nelle disposizioni che concernono il possesso è così disposto all'art. 334 « se al detentore di buona fede competa il diritto di ritenere la cosa sulla quale egli pretenda qualche credito sarà determinato nel capitolo del diritto di pegno ». Ora in questo capitolo ogni diritto di ritenzione è negato in forza della disposizione del § 8471 il quale dice: « nè colui che ha ricevuto la cosa in pegno, nè qualunque altro detentore di una cosa altrui può, dopo che sia cessato il diritto a lui spettante sulla cosa, ritenerla a titolo di qual si sia altra pretesa. Ove però concorrono i requisiti prescritti nel regolamento del processo civile, se trattasi di cosa mobile può depositarla in giudizio, se si tratta di cosa immobile può domandarne il sequestro. »

Il Codice civile italiano provvede principalmente circa il diritto di ritenzione coll'art. 706 il quale così dispone: « al solo possessore di buona fede compete la ritenzione dei beni per causa di miglioramenti in essi realmente fatti, e sussistenti, se questi sono stati domandati nel corso del giudizio di rivendicazione, e già venne fornita qualche prova della sussistenza in genere dei medesimi ». Rispetto poi alle cose mobili smarrite o derubate, per le quali il legislatore italiano concede con l'art. 708 al proprietario di ripeterle da colui presso il quale esse si trovino, a condizione che eserciti l'azione entro i due anni, è ammesso il diritto di ritenzione all'art. 709, il quale dispone, che nell'ipotesi che l'attuale possessore della cosa sottratta o smarrita l'abbia comprata ad una fiera od in un mercato, ovvero nell'occasione di una vendita pubblica, o da un negoziante che faccia pubblico spaccio di simili oggetti, può difenderne il possesso contro il proprietario, al quale egli può rifiutarne la restituzione, fino a tanto che non sia stato da lui rimborsato del prezzo pagato per acquistarla.

(1) LAURENT, *Droit civil international*, t. VII, § 407.

Il diritto di ritenzione del possessore di buona fede, sancito con l'art. 706 citato, trova molte applicazioni nella legislazione italiana sia che si tratti di cose mobili sia che si tratti di cose immobili. Così esso può essere applicato nel caso di accessione mobiliare, nel caso di deposito, rispetto al quale si trova pure una disposizione speciale sancita nell'art. 1863 che dice: « il depositario può ritenere il deposito sino all'intero pagamento di tutto ciò che gli è dovuto a causa del deposito stesso ». Tacciamo di altri casi.

780. Riesce chiaro, che il diritto di ritenzione di una cosa immobile dev'essere governato esclusivamente dalla *lex rei sitae*, imperocchè, siccome esso non può nascere altrimenti che in conseguenza di un fatto compiuto a riguardo della cosa stessa, e, quando sia il caso di ammetterlo, origina in massima un diritto opponibile ai terzi, che vantino sull'immobile un diritto reale, così in virtù del principio non contestato, che le cose immobili devono essere soggette alla legge del luogo, ove sono situate, e che questa deve governare altresì ogni rapporto tra il proprietario ed il possessore della cosa in confronto dei terzi, è mestiere ritenere, che tutto deve dipendere dalla *lex rei sitae*.

781. La controversia può sorgere principalmente a riguardo delle cose mobili, perchè, potendo essere trasportate da un luogo ad un altro, e trovarsi quindi sotto l'impero di legge diversa, rispetto ad esse può sorgere la difficoltà, se il diritto di ritenzione legale debba essere retto dalla legge del proprietario, o da quella vigente nel luogo ove sia stato compiuto il fatto giuridico a riguardo della cosa, sul quale si fondi poi il diritto di ritenzione, o se debba invece tutto dipendere dalla legge del luogo, ove realmente ed attualmente la cosa mobile si trovi al momento in cui il suo proprietario o colui che abbia diritto d'averla, ne domandi la restituzione o la consegna.

782. I giuristi hanno discusso lungamente circa il carattere del diritto di ritenzione (1), se cioè esso debba essere considerato come un

---

(1) Mourlon *Examen critique du Commentaire de Troplong sur les privilèges*, II, p. 215; Mazelie, *Du droit de rétention en droit romain et en droit français*, p 31, Hemor, *Du droit de rétention*; Lacour, *De la*

diritto reale o personale, vale a dire se esso origini un *jus in re*, o un diritto efficace soltanto tra il detentore ed il proprietario. Laurent nega il carattere di diritto reale a quello di ritenzione, perchè egli dice: « le caractère propre du droit réel est d'importer un droit de suite » (1). A noi non interessa di discutere intorno a ciò e diciamo solo che esso è un diritto *sui generis* fondato sulla semplice detenzione, e sul fatto giuridico posto sotto l'impero della legge, la quale attribuisce al detentore, che in forza di tale fatto connesso colla cosa abbia acquistato un credito verso della medesima, di non consegnarla a chiunque possa avere diritto di averla, senza ottenere il soddisfacimento del credito così originato. Bisogna quindi distinguere in codesto rapporto tre elementi: 1° la detenzione: vale a dire il puro fatto dell'avere in proprio potere la cosa; 2° il fatto giuridico connesso colla cosa stessa: vale a dire le spese fatte ad esempio per migliorarla o conservarla, o la mano d'opera per parte dell'artefice che abbia così accresciuto il valore della materia lavorata (2), o il prezzo pagato per acquistare il possesso della cosa e via dicendo; 3° la legge, la quale in considerazione o di un principio di equità o di altre esigenze sociali attribuisca a colui, che sia divenuto così creditore, di ritenere la cosa contro chiunque possa avere su di essa interesse, finchè non sia stato soddisfatto del suo credito.

Siccome l'estremo essenziale per l'esistenza di tale rapporto è la detenzione, così dato questo, che è il presupposto indispensabile, a noi sembra di stabilire come regola generale che la legge vigente nel luogo, ove fu posto il fatto giuridico connesso con la cosa (in virtù del quale nasce il diritto di ritenzione), debba essere quella, che deve regolare il diritto stesso.

783. Questo principio trova senza dubbio la più esatta applicazione nel caso di ritenzione delle cose immobili, perchè rispetto ad esse la detenzione e il fatto giuridico devono essere attuati necessa-

---

nature et des efforts du droit de rétention; RAUTER, *Du droit de rétention* nella *Revue étrangère*, 1841, VIII; GUARROCINO, *Il diritto di ritenzione*, p. 162 e seguenti.

(1) LAURENT, *Droit civil*, t. XXIX, n° 292.

(2) È il caso contemplato dall'art. 470 del Codice civile italiano.

mente sotto l'impero della medesima legge. Per lo che anche nell'ipotesi, che la ritenzione debba essere considerata meramente come un diritto personale (vale a dire valutabile nei soli rapporti fra detentore, e colui che ha diritto sulla cosa) la nostra regola troverebbe sempre la sua giusta applicazione, perchè riposa sul concetto dell'autorità della legge sui fatti giuridici compiuti nel territorio ove essa impera; ed essa si trova quindi in armonia colla teoria generale colla quale si sostiene l'autorità di ciascuna legge a riguardo dei fatti giuridici avvenuti sotto l'impero di essa, e senza che sia necessario che siano in causa gl'interessi dei terzi.

Valga ad esempio il diritto di ritenzione contemplato dall'articolo 867 del Codice civile francese, il quale attribuisce al coerede che è tenuto alla collazione in natura di un immobile, di ritenere il possesso, fino al rimborso effettivo delle spese fatte per migliorarlo. Il diritto di ritenzione in questo caso non è esercibile contro i terzi, perchè la collazione è dovuta dal coerede al suo coerede, e, come osserva bene Laurent, tutto passa tra loro: uno deve mettere in collazione l'immobile, l'altro deve pagare l'indennità dovuta, i terzi non entrano in tali rapporti. Tale diritto non è un privilegio, eppure, dice Laurent, lo statuto è reale, perchè egli osserva si tratti di diritti ereditari su d'immobili situati in Francia, e deve ammettersi l'applicazione della legge francese, anche quando gli eredi siano stranieri, e la loro legge non accordi in tali circostanze il diritto di ritenzione (1).

Noi troviamo giusta la conclusione di Laurent, ma non possiamo seguirlo nell'ordine d'idee, con cui egli arriva a stabilire la sua teoria. A suo modo di vedere il diritto di ritenzione deve ammettersi, perchè si tratta di un immobile, e perchè i diritti ereditari sugl'immobili sono retti dalla *lex rei sitae.* A noi invece sembra, che debba essere il fatto giuridico compiuto sotto l'impero della legge territoriale, che accordi tale diritto, quello che deve determinare l'applicazione delle disposizioni della medesima, indipendentemente da qual si sia altro principio. Sosteniamo conseguentemente che, anche nel sistema del Codice civile italiano, che considera la

(1) LAURENT, *Droit civil international*, t. VII, § 407.

successione degli stranieri retta dalle leggi della loro patria, debba trovare applicazione la disposizione dell'art. 706 del nostro Codice civile, che attribuisce al possessore di buona fede il diritto di ritenere l'immobile, a causa dei miglioramenti ad esso fatti, e sussistenti. Anche quando non si trovi una disposizione conforme nella legge straniera, chiamata a regolare la successione, colui, che possedendo il fondo in Italia lo abbia migliorato, può a ragione domandare l'applicazione della legge italiana, che in considerazioni delle esigenze sociali e dei principii di equità, regola, nei rapporti tra il detentore dell'immobile, e colui che ha diritto su di esso, le conseguenze giuridiche dei miglioramenti fatti e sussistenti.

Ci sembra quindi che l'autorità territoriale della legge può essere fondata su motivi diversi da quelli sui quali la fonda Laurent, e reputiamo che tutto si può giustificare colla considerazione, che la legge, che attribuisce il diritto di ritenzione nei casi speciali da essa contemplati, faccia ciò per ragione di ordine generale e di sociali necessità, e siccome poi ogni legge che a questo miri deve avere autorità esclusiva nel territorio rispetto a tutte le cose che vi si trovino, e rispetto a tutti i fatti e rapporti giuridici che le concernono, e che siano stati l'oggetto della disposizione, perciò diciamo, che una è la regola, nel caso di ritenzione tanto a riguardo di cose immobili quanto a riguardo di cose mobili. Anche rispetto a queste dev'essere il fatto giuridico compiuto sotto l'impero della legge, sulla quale si fonda il diritto di ritenzione, quello che deve regolarne l'esistenza e l'esercizio, sempre che, ben inteso, il fatto della detenzione continui a sussistere là, ove sia in vigore la legge, sotto l'impero della quale il diritto sia stato originato.

784. Prendiamo, a modo d'esempio, il diritto di ritenzione contemplato nell'art. 1888 del nostro Codice civile. Tale articolo dice: « Il debitore non può pretendere la restituzione del pegno, se non dopo di avere interamente pagato il capitale, l'interesse, e le spese del debito, per la sicurezza del quale è stato dato il pegno ».

« Se il medesimo debitore avesse contratto un altro debito con lo stesso creditore posteriormente alla tradizione del pegno, e tale debito fosse divenuto esigibile, innanzi che si facesse luogo al

pagamento del primo debito, il creditore non può essere costretto a rilasciare il pegno prima che venga interamente soddisfatto per ambedue i crediti, ancorchè non siasi stipulato di vincolare il pegno al pagamento del secondo debito » (1). Supponiamo ora, che la cosa pignorata appartenga ad un austriaco, che sotto l'impero della legge austriaca il debitore abbia contratto un altro debito collo stesso creditore pignoratizio; che nel momento, in cui si domandi la restituzione della cosa pignorata, il creditore si trovi in Italia, ove egli la detenga, potrà egli invocare l'applicazione del citato articolo del Codice civile, e fondare su di esso il diritto di ritenere la cosa, finchè non gli sia pagato il secondo debito?

Applicando la nostra teoria bisognerà risolvere la questione negativamente, perchè, essendo stato il secondo debito contratto sotto l'impero della legge austriaca, e disponendo questa all'art. 471, mentovato innanzi, che colui, che ha ricevuto la cosa in pegno non può, quando sia cessato il suo diritto, ritenerla pel titolo di qual si sia altra pretesa, dovrà essere applicata tale legge, sotto di cui fu posto il fatto giuridico, che originò i nuovi rapporti fra debitore e creditore, e non già la legge nostra. La disposizione dell'art. 1888 non può al certo essere considerata come una disposizione di ordine pubblico, onde renderla applicabile anche ai rapporti nati sotto l'impero di un'altra legge.

Pei medesimi motivi si dovrebbe ammettere la soluzione diversa nell'ipotesi che il pegno fosse stato consegnato in Austria, ed il nuovo debito contratto in Italia. In questo seconda ipotesi si dovrebbe, per le ragioni dette, applicare la legge nostra, supposto però che la detenzione della cosa avesse luogo nel territorio italiano, e che quivi fosse esercitata l'azione per ottenere la restituzione della cosa stessa. Se invece la cosa pignorata fosse stata trasportata in Austria, ed ivi il debitore avendo a lui pagato il primo debito agisse contro il creditore per ottenerne la restituzione, non potrebbe questi utilmente invocare in tale paese l'applicazione della legge italiana, sotto della quale fosse stato contratto il nuovo debito, e fondare su di essa il diritto di continuare a ritenere

(1) È conforme all'art. 2082 del Codice civile francese.

la cosa pignorata fino al soddisfacimento del secondo credito. La ragione si è, perchè il diritto di ritenzione legale non può essere equiparato al diritto di ritenzione convenzionale, il quale, quando sia divenuto sussistente, dev' essere riconosciuto anche negli altri paesi, alla pari di ogni altro rapporto che abbia la sua base sul contratto. Il diritto di ritenzione legale ha invece molta analogia col privilegio, e quindi non sussiste, se non quando si fondi sulla legge, e quando sia inoltre esercitato nel luogo stesso ove imperi la legge, sulla quale esso è fondato.

785. Passiamo ad esaminare il caso della ritenzione nell'accessione mobiliare. Il legislatore italiano pone come regola, che il diritto di accessione, quando ha per oggetto cose mobili appartenenti a diversi proprietari, debba essere regolato dai principii dell'equità naturale. In conseguenza di tale massima il legislatore poi dispone, che, quando il proprietario della cosa principale, esercitando i suoi diritti come proprietario, rivendichi la cosa sua dal proprietario della parte accessoria, che si trovi in possesso delle cose unite, debba ammettersi in favore di quest' ultimo il diritto di ritenere la cosa, fino a che non sia stato soddisfatto di quanto gli è dovuto pel prezzo della mano d'opera, supposto che l'accessione sia avvenuta per parte sua in buona fede. L'art. 464 ed i seguenti regolano questa materia, e con l'art. 470 il legislatore dispone che, quando la mano d'opera sia tanto pregevole da sorpassare di molto il valore della materia adoperata, dovendo in questo caso la mano d'opera essere considerata come principale, l'artefice ha diritto di ritenere la cosa lavorata pagando al proprietario il prezzo della materia.

A noi sembra chiaro, che tali disposizioni debbano essere applicate anche nell' ipotesi che il proprietario della cosa mobile principale, e quello della cosa mobile accessoria siano entrambi stranieri, sempre che però l'aggiunzione delle cose, colle varie forme con le quali può essere attuata, sia stata effettuata sotto l' impero della legge nostra. Non si potrebbe in questo caso invocare utilmente il principio sancito dal nostro legislatore nelle disposizioni generali, che cioè i beni mobili sono soggetti alla legge della nazione del proprietario, onde sottrarre in virtù di esso il fatto giuridico dell'aggiunzione, della

specificazione, della mescolanza delle cose mobili alle disposizioni della legge nostra, che tali casi contemplano, e a tutte le conseguenze giuridiche che secondo essa derivano.

Non ci sembra poi che si possa dire lo stesso nell'ipotesi che l'unione, la specificazione, e la mescolanza delle cose suddette appartenenti a stranieri fossero avvenute in paese estero, e che la cosa, formata poi con l'unione della cosa mobile principale e della cosa mobile accessoria, si trovasse in Italia nel momento in cui il proprietario della cosa principale la rivendicasse da colui, che la possedesse con la cosa accessoria ad essa unita. Non si potrebbe infatti sostenere in tale ipotesi, che le disposizioni della legge nostra dovessero essere considerate fra quelle di ordine pubblico e di polizia onde assoggettare ad esse il fatto giuridico compiuto sotto l'impero di una legge estera. Supposto che questa disponesse diversamente dalla legge nostra, e che attribuisse, ad esempio, all'artefice un'azione personale, e non già il diritto sulla cosa, bisognerebbe attenersi alla legge estera, e non già alla nostra, per decidere circa il diritto dei due proprietari di cose mobili, stranieri.

786. La nostra teoria trova pure la sua giusta applicazione nel caso di ritenzione della cosa mobile sottratta o smarrita acquistata ad una fiera o nel mercato. Il legislatore concede anche in tal caso all'attuale possessore della cosa sottratta o smarrita il diritto di ritenerla, e di rifiutarne la restituzione al proprietario, finchè non sia stato rimborsato del prezzo pagato per il suo acquisto. Nessun dubbio può sorgere nell'ipotesi che il fatto giuridico, (quello cioè dell'acquisto ad una fiera od in un mercato), sia avvenuto in Italia. Dovrà infatti ammettersi l'applicazione dell'art. 709 del Codice civile italiano, anche quando il proprietario della cosa sottratta o smarrita fosse uno straniero, e quando fosse diversa la legge dello Stato di cui esso fosse cittadino; ma non ci pare che si possa sostenere lo stesso nell'ipotesi che il fatto giuridico fosse avvenuto all'estero sotto l'impero di una legge, che disponesse diversamente (negando ad esempio al possessore il diritto di essere rimborsato), e che si desse poi il caso che l'azione da parte del proprietario fosse esercitata in Italia contro colui che attualmente possiede la cosa smarrita.

Prendiamo ad esaminare, per chiarire il nostro concetto, il caso della compra dei titoli al portatore smarriti o sottratti al proprietario ed acquistati alla Borsa.

787. A norma della legge francese del 15 giugno 1872 relativa ai titoli al portatore, dei quali il proprietario sia stato spossessato, è disposto che, quando il proprietario abbia fatto l'opposizione legale nelle forme dalla stessa legge determinate, la negoziazione e la vendita è nulla e senza effetto a favore del proprietario spossessato ed opponente. Il terzo quindi, che abbia in buona fede acquistati tali titoli alla Borsa, è tenuto a restituirli al proprietario, che ne fu spossessato, e non ha nessun diritto di essere indennizzato dal medesimo. Egli non può quindi invocare l'applicazione di quanto dispone i Codice civile francese coll'art. 2280 che è conforme al citato art. 709 del Codice civile italiano, ma potrà soltanto esercitare l'azione di ricorso contro il venditore o contro l'agente intermediario della vendita, onde essere rifatto del danno e del pregiudizio che viene a patire.

Riesce chiaro, che se dopo la pubblicazione ufficiale dell'opposizione un italiano o qualunque altra persona avesse comprato alla Borsa francese un titolo francese al portatore, smarrito, e si trovasse poi in Italia al momento in cui il proprietario del titolo lo rivendicasse, non potrebbe utilmente invocare l'applicazione dell'art. 709 del Codice civile italiano, onde fondare su di esso il diritto di ritenere il titolo, e di rifiutarne la restituzione fino a tanto che non fosse rimborsato del prezzo pagato per acquistarlo. Non varrebbe addurre la sua buona fede e la circostanza di averlo comprato alla Borsa per sostenere il suo diritto invocando la disposizione della legge nostra che protegge la buona fede e concede al possessore attuale di essere rifatto di ogni danno e pregiudizio. Non varrebbe addurre, che applicando la legge francese sarebbero sacrificati con quella legge i diritti del terzo portatore, acquirente in buona fede, a fine di proteggere gl'interessi del proprietario spossessato; che essendo dura tale legge, e dovendo essere reputata come legge eccezionale, non potesse avere autorità che sul territorio soggetta alla sovranità francese; che il principio di equità sancito dal legislatore italiano con l'art. 709 sarebbe

vulnerato, se si ammettesse in Italia l'applicazione di una legge straniera dalla nostra dissimile, che obbligasse colui, che avesse acquistato alla Borsa un titolo al portatore, a restituirlo al proprietario spossessato senza corrispettivo.

Tutti siffatti argomenti, e gli altri che potrebbero essere addotti, non possono ritenersi ben fondati, accettando la teoria da noi esposta. Le disposizioni, che regolano il diritto di ritenzione, si devono considerare tra quelle di ordine pubblico e di polizia, ma rispetto ai fatti giuridici soltanto compiuti sul territorio soggetto all'impero del legislatore, non possono essere considerate come leggi di ordine pubblico universale e di polizia internazionale, onde sostenere la loro autorità a riguardo dei fatti giuridici compiuti in tutte le parti del mondo.

Colui, che acquistò i titoli al portatore alla Borsa di Parigi, li acquistò sotto l'impero delle leggi vigenti in Francia, e, se ivi ha impero una dura legge, non si può al certo disconoscerne l'autorità a riguardo dei fatti giuridici compiuti là, ove essa lo esercita.

La soluzione dovrebbe essere diversa, se il titolo francese fosse stato acquistato alla Borsa italiana, dopo la pubblicazione dell'opposizione fatta in Francia con tutte le forme stabilite dalla citata legge del 1872.

I tribunali francesi hanno veramente ritenuto, che in forza della ricordata legge del 1872 devono essere reputate nulle e di niun effetto rispetto al proprietario spossessato non solo le negoziazioni e trasmissioni dei titoli, dopo la legale opposizione, avvenuta alla Borsa francese, ma quelle altresì fatte alle Borse straniere. Il tribunale della Senna con sua sentenza del 2 luglio 1879, quello di Marsiglia con l'altra del 28 luglio 1879 (1) ed altri tribunali hanno deciso, che non avendo la legge francese fatto alcuna eccezione a riguardo delle contrattazioni compiute alle Borse straniere, anche le vendite dei titoli francesi fatte all'estero devono essere assoggettate alle disposizioni della legge del 1872, e che conseguentemente dev'essere riconosciuto il diritto del proprietario spossessato ed opponente a farsi consegnare

(1) CLUNET, *Journal*, 1880, p. 108, 196.

i titoli senza pagare alcun corrispettivo al possessore, che li abbia acquistati dopo la legale opposizione. Uno degli argomenti addotti a sostegno di questa teoria è il seguente, che cioè se le vendite fatte all'estero non fossero esse pure rette dalla legge francese, lo scopo che questa si propose di raggiungere, verrebbe ad essere eluso col pretesto che le negoziazioni fossero avvenute all'estero.

Dobbiamo peraltro osservare, che questa teoria non si può considerare fondata sui giusti principii del diritto. Non si può infatti ammettere, che il legislatore francese possa dettare precetti imperativi a tutte le parti del mondo; nè che i tribunali possano statuire circa l'autorità estraterritoriale delle leggi fatte dal Sovrano dello Stato: nè che il Sovrano di un paese possa colle sue leggi eccezionali regolare i fatti giuridici compiuti là, ove impera un Sovrano estero. Se la considerazione di tutelare con qualunque mezzo gl'interessi francesi potesse essere la suprema regola del diritto, riconosceremmo anche noi ben fondata la teoria del tribunale della Senna, ma non possiamo in verità con esso accordarci.

Colui infatti che compra in buona fede un titolo negoziabile alla Borsa, l'acquista sotto la garanzia della legge vigente nel luogo in cui fa il contratto. Non si può al certo sostenere, che uno straniero sia tenuto a non ignorare la legge francese. Conseguentemente, supposto ch'egli abbia acquistato il titolo francese alla Borsa italiana, l'acquisto si deve ritenere fatto sotto l'impero della legge italiana, ed in conformità di quanto essa dispone per regolare tale fatto giuridico. Ora, siccome a norma della legge nostra, colui che ha pagato un prezzo per acquistare un titolo alla Borsa, non può essere spossessato dal proprietario di esso, se non sia rimborsato del prezzo che gli è costato, ed avendo egli il diritto di ritenere il titolo e di rifiutare la restituzione fino a tanto che non abbia ottenuto il rimborso, egli potrà quindi utilmente invocare l'applicazione della legge nostra sotto l'impero della quale il fatto giuridico avvenne, e fondare su di essa il diritto di ritenzione.

788. Riassumendo la nostra teoria noi concludiamo, che le disposizioni legislative, sulle quali può essere fondato il diritto di ritenzione non possono avere in ogni caso l'autorità dello statuto reale: esse

devono bensì essere reputate tali a riguardo dei fatti giuridici compiuti sotto l'impero della legge, sulla quale la ritenzione legale è fondata, ed attribuiscono un diritto esercibile nell'ipotesi, che l'attuale detenzione della cosa si avveri ove impera la legge stessa, sulla quale il diritto è fondato.

CAPITOLO III.

Della proprietà.

789. La proprietà in generale è il diritto di godere e di disporre delle cose in un modo assoluto, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti.

La proprietà, considerata a riguardo della persona, cui esso appartiene, dev'essere governata dalla legge, dalla quale secondo i principii, che abbiamo esposti e che andremo in seguito esponendo, essa può derivare. Intendiamo accennare al diritto di proprietà considerato come diritto appartenente alla persona. Avuto riguardo poi a quello che può essere oggetto del diritto stesso, può essere secondo le circostanze assoggettato alla legge del luogo, ove la cosa che è oggetto del diritto sia situata. Non si può quindi sostenere che la proprietà degl'immobili debba essere assoggettata interamente alla *lex rei sitae*, perchè non si può al certo attribuire a questa l'autorità di determinare in ogni caso chi debba essere reputato o non reputato proprietario della cosa immobile. La legge territoriale deve regolare il diritto di proprietà come ogni altro diritto che si eserciti sul territorio, su cui imperi il Sovrano territoriale, limitandone l'esercizio, ogni qual volta che ciò possa essere richiesto a fine di tutelare gl'interessi generali dell'associazione politica o quelli dei terzi, che devono essere protetti e tutelati dalla legge vigente in ciascuno Stato.

790. Bisogna quindi ammettere, che ciascun Sovrano in virtù del dominio eminente, che esercita su tutto il territorio dello Stato, debba con le sue leggi proteggere la proprietà a chiunque essa appartenga, ed impedirne qualunque distrazione o degradazione. A lui stesso spetta altresì il potere di coordinare l'esercizio del diritto di proprietà con gl'interessi generali; di determinare quali siano le cose che possono formare oggetto di proprietà pubblica o privata; quali limitazioni del diritto assoluto spettante al proprietario possano essere ammesse: come il diritto assoluto del proprietario debba essere subordinato alle civili necessità e alle sociali utilità; in quali circostanze determinate dalla legge si possa esigere la cessione dietro indennità delle cose appartenenti al proprietario. Deve quindi essere attribuito alla sovranità territoriale il diritto di assoggettare tutte le cose senza alcuna considerazione delle persone, alle quali esse appartengano, a tutte le leggi che, o per ragione di ordine pubblico e di polizia: o per tutelare gl'interessi agricoli economici ed industriali: o per ragione di sicurezza, di difesa e simili regolano l'esercizio del diritto di proprietà.

Si può conseguentemente con ragione sostenere, che a ciascuna sovranità debba essere attribuito un diritto reale su tutto il territorio e su di ogni oggetto corporale in esso contenuto, ma non si può ammettere parimente che debba essere considerato come uno statuto reale (nel significato tradizionale della parola) ogni legge che regoli il diritto di proprietà immobiliare.

791. La proprietà fondiaria, considerata nel suo regime generale rispetto alle leggi civili, che ne stabiliscono e ne governano l'organismo, ha senza dubbio strette attinenze col principio politico, economico, agricolo, industriale di ciascun paese, e spetta di questo alla sovranità, in forza del suo dominio eminente su tutto il territorio, di assoggettarla a tutte quelle leggi, che regolano e limitano i diritti del proprietario in maniera tale da conseguire i fini sociali, che sono nella mente di ciascun legislatore. Tutte le leggi, che mirano ad attuare questo concetto, devono avere autorità assoluta ed esclusiva sul territorio, perchè esse fanno parte del Diritto pubblico, del Diritto sociale, del Diritto politico vigente nello Stato, ovvero sono un'applicazione diretta od indiretta di tali Diritti.

792. Nei diversi sistemi legislativi si trova ammesso in alcuni il concetto di proprietà individuale, in altri negato. Questo accade in quei paesi, nei quali non sono penetrate ancora le idee moderne, che in armonia coi principii del diritto razionale riconoscono la proprietà come un attributo della personalità umana, e come la conseguenza dei rapporti che si stabiliscono tra il proprietario, e la cosa, sulla quale esso ha esercitato la sua attività appropriandosela e rendendola produttiva col lavoro. In tali paesi si ammette che il solo Sovrano debba essere considerato come proprietario del suolo, e che di questo i coltivatori ed i possessori non abbiano altro diritto tranne quello di possederlo e di goderlo secondo il beneplacito del Sovrano (1).

In altri Stati il concetto della proprietà individuale è ammesso dentro certi limiti, come sarebbe quello di impedire il frazionamento della proprietà immobiliare, onde assicurare la preminenza di alcune classi di persone o per provvedere ai bisogni dell'agricoltura. Così in Prussia fino all'epoca della promulgazione della legge del 5 maggio 1872 il frazionamento dei latifondi non potea essere fatto che coll'omologazione del tribunale. Nel diritto inglese l'organamento della proprietà ha conservato fino agli ultimi anni il suo carattere originario derivante dai rapporti feudali, e non si può dire che, non ostante le importanti

---

(1) Nell'Egitto fino a questi ultimi tempi la proprietà individuale non era riconosciuta. Vedi nel *Bulletin de la Société de Législation comparée*, année 1885, pag. 285, l'articolo di Vial, il quale così scrive: « Tandis que nous voyons de nos jours de jeunes nations, dans l'Amérique du Nord et en Australie, arriver rapidement à un degré inespéré de richesse par le travail individuel et le développement de la propriété, nous pouvons, dans notre vieux monde, contempler le sort tout différent d'un pays dont les annales paraissent les plus anciennes de l'histoire, l'Égypte, qui, malgré les eaux fertilisantes du Nil, malgré son admirable situation géographique, ne paraît pas avoir fait de grands progrès économiques depuis l'époque des Pharaons. L'ouvrage de M. Yacoub-Artin-Bey nous explique en partie ce contraste; jusqu'à nos jours, l'Égypte n'a pas connu la propriété individuelle, ce ressort tout-puissant de l'activité humaine ».

Nel 1871 l'antico ordinamento di cose fu modificato dalla legge la quale riconobbe sotto certe condizioni la proprietà individuale, a favore di coloro che possedevano le terre e pagavano sei annate d'imposta anticipate, e meglio a ciò provvidero le leggi del 27 settembre 1880 e dell'8 luglio 1881.

modificazioni attuate dopo il 1870, che il concetto della libera proprietà, affrancata da ogni subordinazione feudale, sia stato accettato in quel paese, come nel sistema sancito nel Codice francese ed in quello delle altre legislazioni modellate su di esso.

Non reputiamo opportuno di entrare in minuti particolari, perchè questo ci obbligherebbe ad andare per le lunghe (1) volendo essere chiari e precisi; ci contentiamo solamente di ripetere, che il concetto della proprietà, avuto riguardo alla sua organizzazione; ai modi legali secondo i quali può essere costituita; e alla funzione spettante allo Stato rispetto ad essa in confronto ai diritti attribuiti ai privati, tutto ha un carattere proprio e speciale nei diversi sistemi legislativi, e che le leggi dello Stato, che a questo provvedono, devono avere autorità reale e territoriale, ma non possiamo ammettere che debba essere reputata reale e territoriale ogni legge, da cui il diritto alla proprietà immobiliare deriva, e richiamiamo quanto è stato detto innanzi nella Parte generale. Ivi cercammo di stabilire il fondamento, sul quale dev'essere basata la distinzione tra le leggi, che possono avere autorità territoriale rispetto ai diritti sulle cose immobili, e quelle che possono avere autorità estraterritoriale.

793. Può bene accadere, che a seconda della legge vigente in uno Stato, a cagione dell'essere considerata la proprietà come una concessione del Sovrano, e dell'essere il vantaggio di goderla riservato ai cittadini soltanto, gli stranieri debbano venirne esclusi dal godimento, non ostante che essi siano capaci di acquistarla e di trasmetterla secondo le leggi della loro patria. Non si potrebbe in vero in quest'ipotesi addurre che il Sovrano dello Stato, di cui essi stranieri fossero cittadini, potesse aver ragione di sostenere i loro diritti, e di difendere la proprietà che avessero acquistata all'estero, ove tale acquisto fosse inibito dalla legge. L'essere la proprietà un diritto individuale, secondo la legge di natura e le leggi positive degli Stati civili, non è un motivo per ritenere come stabilito che essa debba

---

(1) Vedi circa i sistemi accettati nelle legislazioni dei diversi Stati: CATELLANI, *Il Diritto internazionale privato ed i suoi recenti progressi*, vol. III, pag. 464 e seguenti.

essere considerata tale in uno Stato, che secondo la sua costituzione politica ed economica sia governato da leggi ispirate a principii diversi. Le leggi straniere, anche quando siano le più conformi ai giusti principii del diritto, non possono avere autorità in un paese straniero, ogni qual volta che dal riconoscerle ne derivi offesa alla costituzione politica ed al diritto sociale dello Stato. Ammesso che secondo la legge di questo fosse espressamente inibito allo straniero di acquistare la proprietà immobile, sarebbe giuoco forza, che tutti coloro che a tale Stato non appartenessero, fossero assoggettati all'impero della legge, anche quando fosse contraria ai loro giusti interessi ed al diritto comune degli Stati civili. È il caso di dire *dura lex, sed lex.*

Per la medesima ragione nei paesi, nei quali la divisibilità e l'alienabilità di certi immobili vengono vietate a coloro, che di questi sono proprietari, il divieto deve essere considerato imperativo anche rispetto ai proprietari stranieri, come devono essere riguardate come imperative rispetto a tutti le disposizioni legislative vigenti in ciascun paese, le quali per considerazioni generali sanciscano limitazioni ai diritti di proprietà, come sono ad esempio quelle che limitano la proprietà delle acque con l'intendimento di provvedere a tutelare gl'interessi generali dell'agricoltura, e dell'industria; quelle che stabiliscono le servitù prediali, delle quali discorreremo in seguito, e simili.

794. Mancando nella legge una speciale disposizione, la quale inibisca allo straniero di acquistare la proprietà immobile, o che gli vieti l'acquisto di determinati oggetti, non si deve fare alcuna differenza tra cittadino e straniero per quanto concerne l'acquisto della proprietà sia delle cose mobili sia delle cose immobili, nè può interessare di discutere a tal fine se il diritto di proprietà debba ritenersi fondato sul diritto naturale o sul diritto civile.

I giuristi francesi, avendo ammesso in massima, che gli stranieri possano godere in Francia soltanto dei diritti delle genti, e non già di quelli, che devono essere considerati come diritti civili, hanno reputato opportuno di discutere intorno al carattere di ogni singolo diritto, onde decidere se dovesse essere concesso allo straniero il godimento di codesto diritto. Lo stesso Laurent pone quindi la questione se il diritto di possedere un immobile in Francia debba essere

reputato un diritto naturale o un diritto civile (1). Egli osserva che siccome in Inghilterra ha potuto essere negato fino al 1870 allo straniero il diritto di possedere un immobile, così ora che tale diritto gli è concesso, deve reputarsi fondato sulla legge civile. In Francia invece, egli dice, essendo indirettamente concesso allo straniero il diritto di possedere un immobile dall'art. 3° del Codice civile, ciò significa che deve essere riguardato come un diritto naturale. Da questo egli conclude, che la distinzione tradizionale non ha saldo fondamento.

A noi sembra ben inutile di discutere la questione sotto tale punto di vista. Il diritto di proprietà in sè stesso considerato è uno dei diritti della personalità umana, esso non può quindi in principio dipendere dalla legge civile. Non può al certo sostenersi, che i diritti della personalità umana possano reputarsi una concessione del legislatore. Si può soltanto dire, che secondo il diritto storico, siccome vi sono stati sistemi legislativi, che hanno disconosciuto i diritti della personalità umana, compreso quello della libertà, così è accaduto pure di quello di proprietà. Conseguentemente, nel fatto, il diritto di proprietà ha potuto essere negato allo straniero dalla legge civile, come da questa ha potuto essergli negata la facoltà di acquistare la proprietà di certe determinate cose; che per risolvere poi la questione di fronte a ciascun sistema legislativo, bisogna attenersi a quanto la legge dispone. Mancando la disposizione espressa, la regola da applicarsi dev'essere quella di equiparare lo straniero al cittadino, e non ammettere altre esclusioni tranne quelle che siano espressamente sancite dalla legge.

795. Così, ad esempio, dev'essere risoluta la questione della proprietà delle miniere. Essa può essere considerata come un'intrapresa commerciale, o essere riguardata con migliori criteri come una proprietà civile; ma qualunque possa essere il concetto prevalente in un sistema legislativo, o nella giurisprudenza di un paese, deve in ogni caso ammettersi, che secondo la legge di ciascuno Stato debba essere determinato non solo il carattere vero della proprietà delle miniere, ma

(1) LAURENT, *Droit civil intern.*, t. III, § 323.

risoluta altresì la controversia, se lo straniero, assoggettandosi al diritto comune dello Stato, pel godimento di tale proprietà, possa acquistarla al pari di un cittadino, e la regola dev' essere sempre quella che suggerisce di ammettere l'eguaglianza di condizione giuridica tra l'uno e l'altro, dato che il legislatore per ragione d'interesse pubblico o per tutelare il diritto sociale non abbia sancito espressamente la limitazione a riguardo dello straniero.

796. Lo stesso principio deve valere per qualunque altro oggetto di proprietà, e quindi anche per le produzioni dell'ingegno, e per quelle dell'arte o dell'industria, che possono essere considerate come oggetto di proprietà secondo la legge. Di esse ne discorreremo in seguito. Sia a riguardo di codeste produzioni, che di qualunque altra manifestazione dell'attività umana, deve ammettersi la regola generale da noi stabilita, che cioè spetti a ciascuna sovranità non solo di determinare quali siano gli oggetti di proprietà, e quale sia il carattere di ciascuna proprietà (se cioè debba essere reputata nella categoria della proprietà pubblica o della proprietà privata), ma altresì, quali siano le limitazioni a riguardo del godimento della proprietà stessa per ragioni d'interesse pubblico o per tutelare il diritto sociale. Quando però manchi una speciale disposizione di legge, con la quale sia stata stabilita la differenza tra cittadino e straniero, dev' essere riconosciuto il diritto di questo di acquistare la proprietà sotto le condizioni determinate dalla legge, sempre per la ragione che il diritto di proprietà è un diritto della personalità umana, e che non deriva dalla legge civile.

797. I principii da noi esposti sino a questo punto trovano la loro applicazione a riguardo di quello che concerne i modi di acquistare la proprietà delle cose.

I modi di acquistare la proprietà delle cose possono essere divisi in due generali categorie, quella cioè di acquisto a titolo universale, e di acquisto a titolo particolare. Ciascuna di queste due categorie può essere suddivisa secondo che l'acquisto derivi da atti *inter vivos* o da atti *causa mortis*. Noi non possiamo in questo luogo discorrere di tutti distintamente, possiamo soltanto notare, che non si può stabilire come regola generale, che tutto debba dipendere dalla

lex rei sitae, quando l'oggetto del diritto sia una cosa immobile, discuteremo poi a suo luogo, quale debba essere la legge che deve regolare l'acquisto della proprietà secondo che essa derivi dalla successione, o dalle disposizioni a titolo gratuito, o dalle convenzioni, o da disposizioni a titolo particolare *causa mortis*.

In questo luogo intendiamo occuparci soltanto dei modi di acquisto a titolo singolare originari, di quelli cioè che sono l'effetto di un fatto giuridico contemplato dalla legge, di per sè stesso sufficiente ad attribuire la proprietà della cosa, quali sono l'occupazione, l'accessione, la prescrizione. I giuristi si accordano nel riconoscere in principio che tali modi d'acquisto devono dipendere esclusivamente dalla *lex rei sitae*.

A) Dell'occupazione.

798 L'occupazione, come mezzo di acquistare la proprietà, deve essere governata dalla *lex rei sitae*. — 799. Le leggi positive dispongono diversamente circa il diritto di appropriarsi il tesoro. — 800. Si determina la legge che dev'essere applicata.

798. Rispetto all'occupazione nessun dubbio ragionevole può sorgere. La sovranità dello Stato estendendosi su tutto il territorio, che è la base materiale del potere sovrano, esercita il dominio e la signoria su di esso. Avuto riguardo a quelle singole parti di territorio, sulle quali i privati abbiano acquistato diritti, la funzione sua è quella di protezione e di tutela giuridica; rispetto a quelle parti poi, che non siano divenute oggetto di proprietà individuale, la sovranità vi esercita gli stessi diritti d'un proprietario, perchè esse, prese nel loro insieme, costituiscono la proprietà pubblica e fanno parte del patrimonio dello Stato. In virtù di codesto diritto può poi la sovranità determinare le condizioni sotto le quali ciascuno può divenire proprietario delle cose senza padrone o abbandonate, acquistando su di esse un diritto mediante l'occupazione e l'applicazione del proprio lavoro. Riesce chiaro, come la legge, che tale facoltà concede, debba avere autorità territoriale, perchè in sostanza essa esprime un atto di signoria, che non può essere attribuito che al Sovrano che sul territorio impera.

Codesto principio dev'essere applicato senza alcuna restrizione, sia nel caso che l'occupazione possa essere un titolo legale per acquistare la proprietà delle cose immobili, sia che possa essere reputata tale a riguardo delle cose mobili. Anche rispetto a queste il principio, in virtù del quale si considerano rette dovunque dalla legge della persona, a cui appartengono, non può valere a modificare la regola, da noi stabilita, che cioè, quando le cose mobili si trovino nel territorio di uno Stato, e sotto l'impero della sovranità ivi imperante, bisogni decidere in conformità della legge vigente, quando esse debbano ritenersi abbandonate dal precedente proprietario, e quando mediante l'occupazione possano essere da altri acquistate. Così dovrà dirsi ad esempio a riguardo delle cose mobili trovate nel territorio, o nelle acque territoriali dello Stato, anche quando esse siano rigettate dal mare in conseguenza di un naufragio avvenuto fuori di codeste acque. Anche rispetto ad esse bisognerà applicare la legge particolare dello Stato, ove le cose, che il mare rigetta, attualmente e realmente si trovano, onde decidere se la loro proprietà possa essere acquistata da chi le abbia ritrovate, e fatte sue mediante l'occupazione, o se questi debba essere tenuto a restituirle al proprietario, ottenendo da lui un premio. Sempre che il fatto dell'occupazione, sul quale si voglia fondare l'acquisto della proprietà, sia avvenuto nel territorio, o nelle località assimilate ad esso, dovrà essere retto dalla legge dello Stato che ivi impera.

799. La nostra teoria può trovare anche applicazione nell'ipotesi, che in un fondo, o in un oggetto mobile sia stato rinvenuto un tesoro, e che sorga la controversia se esso debba spettare al proprietario della cosa, ove fu trovato, o a colui che per effetto del caso ebbe la fortuna di scoprirlo. Le leggi positive attribuiscono il diritto di appropriarsi il tesoro in tutto od in parte.

Secondo la legge austriaca, se uno scopre cose d'ignoto proprietario sotterrate o chiuse in un muro, o nascoste in altro luogo, deve far pubblicare il fatto con le norme stabilite dalla legge, e può secondo i casi ottenere dal proprietario un premio (art. 395-97). Ove poi le cose scoperte consistano in gioie, in danaro, od oggetti preziosi nascosti da lungo tempo, e di cui non si possa sapere il pre-

cedente proprietario, sono considerate sotto il nome di tesoro, e colui che lo scopre, è tenuto a farne la notificazione al Governo. Le cose così trovate sono attribuite per una terza parte al patrimonio dello Stato, e le altre due terze parti divise tra il ritrovatore, ed il proprietario del fondo.

Secondo la legge italiana, il tesoro che sia stato trovato nel fondo altrui per solo effetto del caso (art. 714 Cod. civ.), è attribuito per metà al proprietario del fondo ove fu trovato, e per metà a colui che ne fece la scoperta. Codesto principio si applica anche nell'ipotesi che il tesoro sia stato scoperto in un mobile, in cui era nascosto ad insaputa del suo proprietario. Altre leggi ammettono invece, che un tesoro nascosto o sotterrato, e del quale nessuno possa provare di esserne il padrone, debba essere considerato come oggetto perduto, il quale appartiene a colui che lo trova, che può tenerlo come suo, e rifiutare di restituirlo ad ogni persona che non giustifichi di esserne il legittimo proprietario. Questo è il diritto vigente negli Stati Uniti di America.

800. A cagione di tale differenza di diritto positivo potrebbe sorgere una difficoltà nell'ipotesi, ad esempio, che in un mobile appartenente ad un americano, il quale si trovasse in Italia, fosse scoperto un tesoro. Secondo la legge nostra i beni mobili sono soggetti alla legge della nazione del proprietario, e siccome a norma di questa non si considera come compreso nel diritto di proprietà quello sul tesoro a caso scoperto, si potrebbe da ciò dedurre che a norma della legge del proprietario non dovesse a questi essere attribuito nessun diritto sulle cose trovate a caso nel mobile, che gli appartenesse, e conseguentemente sostenere che il tesoro dovesse essere attribuito per intero al suo inventore.

In contrario per altro con più ragioni si può addurre, che la legge territoriale, la quale dispone come si debba ripartire il tesoro tra colui che l'abbia trovato, ed il proprietario del fondo, in cui fu rinvenuto, non statuisce in ordine al diritto di proprietà, ma regola il fatto giuridico, provvedendo a ripartire i vantaggi tra il proprietario e l'inventore, e che perciò non sarebbe il caso d'invocare la legge personale del proprietario, ma che bisogna piuttosto attenersi

alla legge territoriale sotto l'impero della quale avvenne il fatto giuridico, per decidere a norma di essa come il tesoro debba essere ripartito.

B) Dell'accessione.

801. Per quello che può concernere l'accessione, che secondo la legge può essere un modo per acquistare la proprietà della cosa accessoria aggiunta alla principale, reputiamo opportuno di notare, che l'autorità di ciascuna legge a riguardo delle conseguenze giuridiche, che possono derivare dall'accessione rispetto alle cose immobili, deve essere reputata esclusiva nel territorio, ove l'accessione stessa venga a verificarsi. La legge personale del proprietario straniero può avere autorità in certi casi per determinare i diritti spettanti alle persone, che abbiano acquistato la proprietà della cosa immobile in conseguenza dell'accessione. Questo diciamo nel solo caso, in cui la controversia nasca tra le persone, che, per qual si sia altro titolo, abbiano diritto alla cosa, e che si tratti di determinare, nel campo dei rapporti privati tra di esse, la estensione del diritto stesso. Così, ad es., può essere il caso di due coniugi stranieri, i quali si siano uniti in matrimonio col regime della comunione, e che in conseguenza dell'accrescimento del fondo posto in comunione, avvenuto in forza dell'alluvione, discutano, se la parte aggiunta dall'alluvione al fondo appartenente in proprietà ad uno di essi, debba essa pure formar parte della comunione, o se questa debba essere limitata ai frutti soltanto raccolti sul terreno aggiunto dall'alluvione. Tale controversia dev'essere risoluta coi principii, che devono regolare i diritti dei coniugi stranieri sui beni posti in comunione, e non già dalla *lex rei sitae*. Lo stesso dovrà dirsi nell'ipotesi, che durante il matrimonio conchiuso col regime dotale sia avvenuto l'accrescimento dei beni dotali della donna straniera in conseguenza

dell'accessione, e che la controversia consista nel decidere se la parte aggiunta debba essere reputata essa pure come assoggettata al vincolo della dote. In questi casi e negli altri somiglianti è chiaro, che nel sistema da noi seguito non può tutto dipendere dalla *lex rei sitae*, ma che si deve invece tener conto della legge, che deve governare i diritti patrimoniali dei coniugi stranieri.

802. Una difficoltà può sorgere nell'ipotesi che l'accessione sia venuta a verificarsi a riguardo di due fondi, che siano situati nei confini territoriali di due Stati diversi, o che questa si sia verificata in un fiume o torrente che separi due Stati limitrofi.

Le leggi positive hanno seguito sistemi diversi nel regolare il diritto d'accessione relativamente alle cose immobili e alle alluvioni, che sono la conseguenza dell'acqua corrente, e alle isole ed unioni di terra, che possono essere formate nei fiumi e torrenti. Non è il caso di esporre minutamente codeste differenze, perchè saremmo obbligati di andare per le lunghe, volendo essere precisi. Ci limitiamo a notare che la differenza dei sistemi esiste, e che, per quello che concerne i diritti dei possessori di fondi contigui alle acque correnti, a riguardo delle opere che possono essere da essi fatte per prevenire o provocare l'alluvione; per quello che concerne i diritti, che devono essere attribuiti ai proprietari di tali fondi sui terreni formati lungo le sponde; sulle isole formate nei letti dei fiumi o torrenti; sul letto abbandonato dal fiume, e via dicendo, sono diverse le disposizioni legislative, avendo alcune legislazioni seguite le norme del diritto romano, alle quali furono informate le disposizioni del Codice francese, altre essendosi da esse allontanate. La controversia ripetiamo può sorgere nell'ipotesi, che i fatti contemplati da ciascun legislatore per l'acquisto della proprietà dei terreni modificati dalla forza delle acque, si siano verificati tra due fondi situati nei limiti territoriali di due Stati.

Bisognerà in tali ipotesi tener presente i principii di diritto pubblico internazionale, che concernono i diritti degli Stati limitrofi sui fiumi, da cui essi sono separati, onde decidere a norma di essi circa i diritti spettanti all'uno od all'altro Stato, su questa o su quella parte del fiume, e sulle isole in esso formate, e sulle modificazioni che possono avvenire a riguardo del corso del fiume o torrente, che

abbandonando l'antico letto, se ne sia formato uno nuovo. Risoluta la questione, se una data parte di un fiume debba ritenersi o no compresa nelle frontiere territoriali dell'uno o dell'altro Stato, ci sembra chiaro, che ogni controversia circa l'applicazione dell'uno o dell'altro sistema legislativo debba essere risoluta applicando a ciascun fatto giuridico la legge dell'uno o dell'altro Stato, a seconda che esso debba ritenersi compiuto nei limiti territoriali, sui quali impera l'una o l'altra delle due sovranità.

803. Applicando la nostra regola si deve da essa dedurre, che prima che l'alluvione sia formata, o che sia avvenuta l'avulsione di una parte considerevole di un fondo contiguo al corso del fiume trasportata dalla forza delle acque alla riva opposta (che supponiamo trovarsi nei limiti territoriali dello Stato limitrofo) i proprietari dell'una e dell'altra opposta riva dovranno avere il diritto di fare ogni opera, con l'intendimento di prevenire o provocare le unioni o le separazioni di terra, in conformità della legge vigente nell'uno o nell'altro dei due Stati limitrofi. Dovrà quindi decidersi a norma dell'una o dell'altra legge, se si abbia il diritto di impedire le opere, e se possa essere promossa un'azione per ottenere il rifacimento del danno patito. Il proprietario dell'opposta riva non potrà al certo fondare sulla legge dello Stato, ove l'immobile a lui appartenente si trovi, alcun diritto di azione contro il proprietario del fondo opposto, perchè questo, siccome per ragione della situazione è soggetto all'impero della legge territoriale, così lo stesso suo proprietario non è tenuto a fare, se non che quello che essa gl'impone, ed ha il diritto di fare tutto ciò che essa a lui permette.

La legge dello Stato limitrofo non può avere alcuna autorità nè per limitare i diritti del proprietario del fondo opposto, nè per accrescere le obbligazioni giuridiche di lui, onde prevenire o diminuire i pregiudizi dei proprietari dei fondi che si trovino nei limiti territoriali dell'altro Stato, eccetto solo il caso che non sia stato a tutto ciò provveduto mediante una convenzione stipulata fra i due Governi. Tutto ciò è la giusta conseguenza del generale principio in virtù del quale si ammette, che gl'immobili debbano reputarsi soggetti alla *lex rei sitae*, e che le leggi che regolano il regime economico delle proprietà debbano avere autorità esclusiva in ciascun territorio.

804. Quando invece l'alluvione abbia formato il terreno, o quando di questo sia avvenuta l'avulsione, o si siano formate le isole, o siano accadute altre modificazioni del terreno stesso, bisognerà applicare la legge dello Stato, ove si trova l'immobile, a cui il terreno si sia venuto ad aggiungere, onde decidere a norma di essa non solo circa la proprietà del terreno medesimo (se cioè essa debba essere reputata come una cosa mancante di padrone, e come tale attribuita allo Stato, o se invece essa debba appartenere al rivierasco in virtù del diritto di accessione e della legge, che attribuisce ad esso tale profitto), ma altresì circa il diritto spettante al proprietario del fondo della riva opposta a rivendicare la parte avulsa, o a domandare un compenso pel terreno separato dalla forza del fiume ed unito al fondo della riva opposta. Codesto proprietario non potrebbe fondare sulla legge dello Stato, ove si trova l'immobile, che patì il danno o il pregiudizio, o la separazione di una sua parte considerevole, il suo diritto a rivendicare la parte separata o ad esercitare l'azione pel rifacimento del danno, perchè, siccome quando il terreno d'alluvione si è formato, esso diventa un accessorio della cosa principale, così deve al pari di questa essere retta dalla *lex rei sitae;* laonde egli non può avere altri diritti tranne quelli che la *lex rei sitae* ad esso concede, e si dovrebbe dire lo stesso nel caso d'isole formate nei limiti territoriali dello Stato limitrofo. Sempre che, per le modificazioni avvenute nel corso del fiume, esse debbano reputarsi nei confini territoriali dello Stato opposto, devono essere assoggettate alla legge del medesimo, e per determinare i diritti di proprietà su di esse, e per governare qualsiasi azione di rivendicazione o di danno, che possa spettare al proprietario della riva opposta. Anche in questo secondo caso il principio che gl'immobili sono soggetti alla *lex rei sitae* deve valere a giustificare la teoria da noi stabilita.

805. Passiamo ora a discorrere dell'acquisto della proprietà in forza d'accessione relativamente alle cose mobili. Bisognerà anche a riguardo di queste ammettere il principio, che, quando due cose appartenenti a diversi proprietari stranieri si trovino sul territorio dello Stato, ove sia avvenuta la loro unione, in guisa da formare un tutto, ogni controversia circa il diritto appartenente al proprietario della

cosa principale di acquistare in virtù dell'accessione la proprietà della cosa accessoria, dovrà essere risoluta in conformità della *lex rei sitae*. Questa dovrà parimente essere applicata per decidere quale delle due cose debba essere reputata principale, e quale accessoria: in quali casi dovrà ammettersi il diritto di domandarne la separazione, e come il valore della cosa unita debba essere stimato, e come colui, che usò la cosa d'altri senza l'assentimento del suo proprietario, debba essere condannato al rifacimento di ogni danno.

Anche rispetto alle cose mobili deve ammettersi la regola generale, che le leggi, le quali regolano l'acquisto della loro proprietà sotto il punto di vista dell'interesse economico o industriale, debbano avere autorità territoriale, e debbano essere applicate, anche a riguardo di quelle appartenenti a stranieri, che attualmente e realmente si trovino sul territorio dello Stato, ogni qual volta che il fatto giuridico, sul quale è fondato l'acquisto della proprietà di codeste cose per disposizione di legge, sia stato posto e perfezionato sotto l'impero della legge territoriale, sulla quale s'intende di fondare l'acquisto della proprietà.

C) Della prescrizione acquisitiva o usucapione.

806. Fondamento dell'usucapione. — 807. Gli stranieri possono di essa giovarsi. — 808. Sono diverse le leggi che regolano tale materia. — 809. La prescrizione degl'immobili dev'essere retta dalla *lex rei sitae*. — 810. Si esamina il caso che venga a mutarsi la sovranità dello Stato. — 811. Le regole di diritto transitorio non possono valere a risolvere tale controversia. — 812. Difficoltà circa la legge che deve regolare il possesso incominciato. — 813. Come a noi sembra di risolvere tale controversia. — 814. Si conferma la teoria con l'autorità della giurisprudenza. — 815. Le leggi regolano diversamente la prescrizione acquisitiva delle cose mobili. — 816. Sono pure diverse le disposizioni circa il diritto di rivendicare le cose mobili ed i titoli al portatore. — 817. Opinioni diverse degli scrittori circa la legge regolatrice della prescrizione. — 818. Osservazioni critiche e nostra teoria. — 819. Come dev'essere intesa la massima per le cose mobili il possesso vale titolo.

806. L'usucapione è stata ammessa dalle leggi per la sociale necessità di assicurare la stabilità della proprietà delle cose, e tutelare il patrimonio dagli attacchi, a cui potrebbe essere esposto, se i diritti

sul medesimo potessero essere a tempo indefinito contestati e discussi. Non si può dire a rigore che l'usucapione debba essere annoverata tra i mezzi legali per acquistare la proprietà, perchè essa è piuttosto un modo ammesso dalla legge per consolidare quella anteriormente acquistata, o che si deve presumere che sia tale. Essa è stata denominata, nelle legislazioni moderne, prescrizione. Questa però esprime un concetto più esteso, imperocchè può valere a denotare il diritto con cui si respinge un'azione da parte di colui, che durante lo spazio di tempo stabilito dalla legge abbia trascurato di esercitare un diritto, o l'azione per farlo valere o riconoscere. In tal modo la prescrizione può denotare non solo l'usucapione propriamente detta, o la prescrizione acquisitiva, quella cioè che può condurre a consolidare la proprietà, ma altresì la prescrizione estintiva, la quale è un mezzo per respingere ogni azione promossa per far riconoscere qual si sia diritto.

Noi in questo luogo ci occuperemo soltanto dell'usucapione propriamente detta, o della prescrizione acquisitiva.

807. Alcuni giuristi, avendo considerato in generale la prescrizione come una istituzione di diritto civile, hanno creduto di poter sostenere che agli stranieri non potesse essere concesso di acquistare la proprietà in virtù della medesima (1). Tale opinione però non ci sembra giustificabile.

Secondo il diritto romano non era in verità concesso ai peregrini l'usucapione, ma questo accadeva perchè, essendo loro vietato il diritto di acquistare il *dominio jure quiritium*, essa, che era un modo per consolidare la proprietà anteriormente acquistata, non poteva essere loro concessa. Ma dinanzi al diritto moderno, che non distingue due specie di proprietà, e che ammette gli stranieri al godimento dei diritti civili, e specialmente di quello di proprietà, è un controsenso invocare i principii del diritto romano. Oggi la prescrizione acquisitiva più che un privilegio o un beneficio della legge, è un modo per consolidare un acquisto anteriore, o almeno supposto preesistente, e poichè gli stranieri possono acquistare per successione, per donazione,

(1) Pothier, *De la prescription*, pag. 20; Raynaul, *Inst.*, pag. 155; Confr. Troplong, *Prescript.*, 35; Demolombe, *Cours*, t. 1, p. 243; Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 330.

o per contratto, la prescrizione, che è una presunzione legale, che vi sia stato acquisto con uno dei modi suddetti, non dev'essere loro negata.

808. Le disposizioni legislative in materia di prescrizione sono diverse, e non occorre esporle in questo luogo. Notiamo soltanto, che nei Codici, i quali hanno seguito le norme del Codice francese, è stata fatta una distinzione a riguardo del tempo necessario per attuare la prescrizione, ammettendo un tempo più breve a favore di colui, che abbia acquistato in buona fede e con giusto titolo un immobile da uno, che non ne era proprietario. In questo caso la legge francese stabilisce il termine di dieci anni per compiere la prescrizione, se il vero proprietario dell'immobile abiti nel circondario giurisdizionale della Corte, ove l'immobile sia situato, e di dieci anni se esso sia domiciliato altrove (1). Negli altri casi il termine richiesto per prescrivere è fissato a trent'anni. La legge italiana, mantenendo quest'ultimo termine per la prescrizione in ogni caso, fissa poi a dieci anni soltanto il termine per la prescrizione più breve a favore di colui che acquista in buona fede un immobile, o un diritto reale sopra un immobile, in forza di un titolo, che sia stato debitamente trascritto, e che non sia nullo per difetto di forma.

Tanto nel Codice francese come in quello italiano (2) i beni patrimoniali dello Stato e dei corpi morali sono soggetti alle stesse regole, di quelle dei privati a riguardo della prescrizione. Nel Codice austriaco invece si trova una differenza a riguardo di ciò, essendo disposto all'art. 1472 che per la prescrizione ordinaria contro il fisco occorre il possesso di quarant'anni.

Nel diritto inglese la prescrizione acquisitiva propriamente detta è ammessa a riguardo delle servitù e degli altri diritti reali, i quali si ritengono acquistati definitivamente in forza dell'esercizio non interrotto pel tempo determinato dalla legge. Rispetto alla proprietà immobiliare la prescrizione ha il suo carattere proprio, quello cioè di limitazione al diritto di azione. Quella legge stabilisce infatti, in quale termine debba ritenersi estinta l'azione spettante al proprietario

---

(1) Art. 2265.

(2) Cod. fr., 2227; it., 2114.

spossessato per rivendicare la cosa sua. Troviamo anche nella legislazione inglese stabilita la differenza circa le condizioni richieste per attuare la prescrizione contro i privati e contro la Corona, la Chiesa e gli altri Enti collettivi.

809. Qualunque possa essere la legge territoriale a riguardo della prescrizione, si deve ammettere come regola incontestata, che la prescrizione dei beni immobili, dei diritti reali su questi, e delle azioni immobiliari debba essere regolata in tutto dalla legge del luogo ove la cosa sia situata. Alcuni scrittori hanno pensato di sostenere che, potendo la prescrizione acquisitiva essere considerata come un'eccezione perentoria, potesse dipendere dalla *lex fori*. Così la pensa Titmann (1), ma a noi sembra migliore opinione quella che esclude l'applicazione di qual si sia altra legge, e che fa tutto dipendere dalla *lex rei sitae*, perchè rispetto all'immobile è secondo questa, che si deve decidere, se esso sia prescrittibile, e se la prescrizione possa o no ritenersi attuata.

810. Si può verificare il caso, che, mentre la prescrizione sia in corso, quella parte del territorio, nel quale si trovi l'immobile, che della prescrizione è l'oggetto, passi nel dominio di una sovranità straniera, e che, a cagione del conseguente mutamento della legislazione imperante sul territorio medesimo, venga a nascere la controversia se, tenendo fermo il principio, che la prescrizione acquisitiva delle cose immobili, e dei diritti reali su di esse, debba essere retta dalla legge del luogo, ove la cosa è situata, la prescrizione debba essere compiuta definitivamente a norma della legge dello Stato cedente, sotto l'impero della quale era incominciata, o a norma di quella dello Stato cessionario.

Per risolvere tale controversia, uno potrebbe supporre che si dovessero applicare i principii di diritto transitorio, vale a dire quelli vigenti nello Stato, a cui fosse stata annessa quella parte di territorio, ove si trovasse l'immobile, che s'intendesse acquistare mediante la prescrizione. Si potrebbe infatti addurre, che la legge di tale Stato,

---

(1) *De competentia legum*, n° 11. Vedi pure Meyer, *De statutorum conflictu*, § 25.

avendo incominciato ad aver vigore dal momento, in cui fu operata la cessione, dovesse essere riguardata come una legge nuova, a cagione dell'essere stata surrogata a quella dell'antico Stato, che sul territorio medesimo imperava. Data quindi l'ipotesi, che le regole di diritto transitorio fossero state sancite mediante una legge, destinata a regolare l'applicazione delle leggi nuove, e che avesse provveduto a regolare le prescrizioni in corso, si potrebbe opinare, che convenisse attenersi ad essa, onde decidere la controversia, se la prescrizione incominciata dovesse essere retta secondo la legge dell'antico Stato, sotto l'impero della quale aveva avuto principio, o secondo quella dello Stato (a cui il territorio fosse stato ceduto), sotto l'impero della quale essa venisse definitivamente a compiersi.

Questa teoria potrebbe parere la giusta applicazione della regola generale, la quale ammette, che la prescrizione dei beni immobili debba essere retta dalla *lex rei sitae*. Essendo la legge transitoria quella del luogo ove la cosa si trova nel momento, in cui si vuole acquistarla mediante la prescrizione, è naturale supporre, che questa potesse compiersi sotto le condizioni dalla legge stessa determinate. Conseguentemente, facendo, a modo di esempio, l'ipotesi che tale legge avesse sancita la massima, conforme a quella che si trova formulata nell'articolo 2281 del Codice civile francese, che cioè le prescrizioni cominciate sotto le antiche leggi devono essere rette dalle leggi antiche, si potrebbe reputare ragionevole per analogia di principii di applicare tale regola riconoscendo il diritto di colui, che avesse cominciato a prescrivere, mentre vigeva la legge dell'antico Stato, di poter compiere definitivamente la prescrizione a seconda di tale legge.

811. Si può nondimeno osservare, che le regole di diritto transitorio, sancite da ciascun legislatore, possono valere a regolare l'applicazione delle leggi antiche e delle leggi nuove emanate dal Sovrano dello Stato, e che in massima non si possono applicare per analogia nel caso da noi immaginato. Bisogna infatti tener presente, che la prescrizione acquisitiva od usucapione può essere un mezzo per acquistare la proprietà delle cose, ma che essa non diviene come tale efficace ed effettiva, che quando sia definitivamente compiuta sotto le condizioni determinate dalla legge, e quando sia spirato

l'ultimo termine del tempo da essa richiesto per prescrivere. Quindi, se mentre la prescrizione non sia ancora compiuta, venga a mutare la sovranità dello Stato, il possessore della cosa non può vantare alcun diritto di proprietà, non avendolo ancora acquistato mediante la prescrizione; nè può affacciare il diritto di compiere la prescrizione con le norme, con le quali aveva incominciato a possedere la cosa, perchè il possesso stesso, da lui incominciato e continuato, dev'essere considerato come un atto preparatorio, rispetto all'acquisto della proprietà, il quale, siccome non può divenire perfetto che collo spirare dell'ultimo termine richiesto per prescrivere, così dev'essere retto dalla legge vigente nel momento in cui egli intende di compiere la prescrizione. Bisogna quindi concludere, che tutto deve dipendere dalla legge dello Stato, a cui il territorio fu annesso.

Le regole di diritto transitorio sancite nella legislazione dello Stato non possono modificare l'applicazione del principio da noi stabilito. Data pure l'ipotesi che essa avesse sancita la regola che le prescrizioni incominciate e non compiute, dovessero essere rette dalla legge vigente nel momento, in cui gli atti di possesso idonei a prescrivere avessero avuto principio, non si potrebbe applicare tale regola per dedurre, che le prescrizioni incominciate sotto l'impero della legge dello Stato cessionario dovessero essere compiute a norma della medesima. Basti infatti il considerare, che la legge transitoria sancita dal Sovrano dello Stato regola i fatti ed i rapporti giuridici avvenuti e posti in essere sotto il dominio di lui, perchè gli compete il diritto di governarli con la propria legge e di regolarne le conseguenze, quando avvenga un mutamento nel sistema delle leggi da lui medesimo emanate. Non si possono al certo applicare le disposizioni sancite con la legge transitoria a fine di determinare l'autorità della legge dello Stato in concorrenza con quella di uno Stato straniero, data l'ipotesi che in conseguenza della cessione fosse avvenuto il mutamento della sovranità territoriale. In quest'ultima ipotesi a noi sembra chiaro, che la controversia dovesse essere risoluta coi principii generali del diritto circa l'autorità della legge di uno Stato in concorrenza con quella di uno Stato estero, e non già con le regole speciali di diritto transitorio ancite dall'uno, o dall'altro.

Si dovrà quindi tenere per fermo, che la prescrizione in corso non potrà essere attuata che sotto le condizioni stabilite dalla legge dello Stato, a cui il territorio fu annesso, e ove si trovi l'immobile oggetto della prescrizione.

812. Intorno a ciò non ci sembra che si possa dar luogo al dubbio. Questo può sorgere invece per decidere, se il possesso incominciato sotto l'impero dell'antico Stato possa essere aggiunto a quello continuato dopo l'avvenuta cessione, in maniera da ritenere poi compiuta la prescrizione, quando sia spirato il termine richiesto dalla legge dello Stato cessionario per prescrivere. La ragione del dubbio sta in questo, che cioè, l'effetto giuridico del possesso mantenuto con l'intendimento di effettuare la prescrizione deriva dalla legge vigente nel luogo, ove il possesso è effettuato, e che perciò, siccome tutto dipende dalla legge, dev'essere richiesto, che il possesso idoneo a prescrivere sia continuato per tutta la durata del tempo richiesto dalla *lex rei sitae*, in virtù della quale s'intende poi attuare la prescrizione. Dovendo tutto dipendere da tale legge, si potrebbe sostenere, che a seconda della medesima dovesse essere decisa ogni controversia relativa ai requisiti del possesso richiesto per la prescrizione, alla sua durata, e via dicendo, e che conseguentemente il possesso anteriore, mantenuto sotto l'impero della legge dell'antico Stato, non dovesse essere tenuto in considerazione.

Questa regola potrebbe anche ritenersi fondata sui rigorosi principii del diritto, che stabiliscono l'autorità esclusiva ed assoluta della legge territoriale a riguardo degl'immobili, e dei modi coi quali si può acquistare la proprietà dei medesimi.

813. Dobbiamo non pertanto osservare, che non sarebbe conforme ai principii di equità ed alla ragione delle cose di assoggettare colui, che avesse posseduto l'immobile, a ricominciare la prescrizione a norma della legge del nuovo Stato, per compierla sotto le condizioni da essa stabilite. Più consentaneo ci sembra di ammettere, che in massima il possessore possa aggiungere il possesso incominciato prima della cessione a quello dopo di essa continuato, onde compiere poi la prescrizione a norma della legge dello Stato cessionario. Però, qualora questa richiedesse un requisito per attuare la prescrizione, il quale

non fosse stato richiesto dalla legge dell'antico Stato, bisognerebbe ritenere senza effetto il possesso anteriore, ed assoggettare chi volesse prescrivere a ricominciare gli atti di possesso a ciò idonei, a norma della legge dello Stato cessionario, onde compiere poi la prescrizione sotto le condizioni da essa stabilite.

Accettando la nostra teoria si potrebbe peraltro verificare l'inconveniente, che aggiungendo il possesso anteriore alla cessione a quello ad essa posteriore, la prescrizione potesse essere attuata in un tempo più breve, se la durata del tempo richiesto per prescrivere fosse minore a norma della legge dello Stato cessionario. In questo caso a noi sembra, che, in virtù degli stessi principii razionali, che abbiamo invocati per sostenere la nostra regola, si dovesse escludere la sua applicazione. Posto infatti, che il proprietario della cosa, a norma della legge dello Stato cedente, sotto l'impero della quale fossero incominciati gli atti stessi di possesso, avesse avuto diritto d'interrompere la prescrizione per la durata maggiore di tempo fissata dalla legge dello Stato cedente, egli sarebbe gravemente pregiudicato, se il possessore potesse non solo aggiungere il possesso anteriore alla cessione, a quello posteriore, ma giovarsi altresì della legge dello Stato cessionario, che fissasse un tempo più breve per attuare la prescrizione. Più conforme alla ragione delle cose è l'ammettere il diritto del proprietario di annientare tutti gli effetti del possesso esercitando l'azione di rivendica durante il maggiore tempo fissato dalla legge dello Stato cedente, sotto di cui il possesso incominciò ad essere attuato.

S'intende benissimo, che nell'ordine d'idee da noi seguito non potrebbe mai essere concesso al possessore di giovarsi della legge dello Stato cedente per attuare la prescrizione rispetto a quelle cose, che non fossero prescrittibili secondo la legge dello Stato cessionario. Solamente quando la prescrizione fosse stata compiuta prima della cessione del territorio, la legge dello Stato cessionario non potrebbe al certo valere ad annullare il fatto giuridico compiuto e perfetto prima del suo cominciato vigore sul territorio annesso, bisognerebbe quindi ammettere, che la proprietà delle cose acquistate dai privati dovesse essere rispettata, non ostante che la legge dello Stato cessionario dichiarasse le cose stesse imprescrittibili.

814. Un'applicazione dei principii da noi esposti si riscontra nella sentenza della Corte di Lione, a proposito di certe isole che si trovavano nel fiume Rhône, che separa la Francia dall'Italia, e che è situato nella Savoia attualmente appartenente alla Francia. Sorgeva il dubbio se gli abitanti di un Comune, che pretendevano di avere acquistato un diritto reale in virtù della prescrizione, potevano prevalersi della legge sarda vigente in Savoia prima della sua annessione alla Francia. La Corte decise che tutto doveva essere governato a seconda della legge francese, perchè l'acquisto di un diritto di proprietà immobiliare in forza della prescrizione dev'essere retto dalla *lex rei sitae* (1).

815. La prescrizione acquisitiva delle cose mobili ha dato luogo ad un grave disparere tra i giuristi a riguardo della legge da cui essa dev'essere regolata.

Giova premettere, che le disposizioni di diritto positivo sono diverse. Nelle leggi di alcuni Stati, che hanno seguito in questo il Codice civile francese, trovasi confermata la regola stabilita nell'articolo 2279 di detto Codice, che cioè in fatto di mobili il possesso valga titolo. Tale massima significa, che quando il possesso sia reale e di buona fede, vale a dire che sia stato acquistato dal possessore, da colui che possedeva la cosa *uti dominus*, l'attuale possessore possa respingere qualunque azione contro di lui da parte di uno che dica di essere proprietario, opponendo l'eccezione fondata sulla massima, della quale abbiamo fatto menzione. Il Codice civile italiano ha sancito la stessa regola in un modo più chiaro. Esso dispone infatti all'art. 707: « Riguardo ai beni mobili per loro natura ed ai titoli al portatore il possesso produce a favore dei terzi in buona fede l'effetto stesso del titolo ». Questa disposizione esprime più esattamente il giusto concetto, che ciò non è il possesso attuale, quello che tien luogo della proprietà, ma il possedere la cosa per averla acquistata in buona fede da uno che la possedeva, e che doveva per questo esserne presunto proprietario.

Altre leggi ammettono invece, che la proprietà delle cose mobili si possa acquistare con l'usucapione mediante il possesso legittimo

(1) Cour de Lyon, 19 juillet 1877 (État c. les habitants de Les Chaux). Clunet, *Journal*, 1878, pag. 44.

di tre anni (Codice civile austriaco, art. 1466), ed altre ammettono pure l'usucapione dei mobili, ma quando il possesso legittimo sia stato protratto per una durata di tempo maggiore portandola alcune a dieci anni.

816. L'azione di rivendicare la cosa mobile è ammessa secondo il Codice francese in favore di colui, che l'abbia perduta. Tale azione può essere esercitata entro il termine di tre anni contro chiunque abbia nelle sue mani codesta cosa smarrita o rubata (art. 2279). Il Codice nostro ammette pure nelle circostanze cennate l'azione di rivendica, ma il termine per esercitarla è fissato a due anni soltanto (art. 708, 2146). Tutte e due le leggi fanno poi l'eccezione in questo ultimo caso, nell'ipotesi che l'attuale possessore della cosa sottratta o smarrita l'abbia comprata ad una fiera o in un mercato, ovvero nell'occasione di una vendita pubblica, o da un commerciante che facesse pubblico spaccio di simili oggetti, nelle quali circostanze il proprietario non potrebbe ottenere la restituzione della cosa sua, se non rimborsando il possessore del prezzo che gli è costata. Altre leggi ammettono il diritto di rivendica per un periodo di tempo maggiore. Così il Codice austriaco dispone all'art. 1476 che colui, che abbia acquistato una cosa mobile da un possessore vizioso o di mala fede, o che non possa indicare il suo autore, debba attendere che scorra il doppio del tempo ordinario fissato per l'usucapione. Occorrono quindi sei anni per usucapire una cosa smarrita o derubata. Secondo il Codice prussiano (parte 1ª, tit. 9, art. 584) il possessore anche di buona fede della cosa rubata non può acquistarne la proprietà per prescrizione se non col possesso pacifico di 40 anni, quando non possa indicarne il venditore.

Rispetto ai titoli al portatore, vi sono poi leggi speciali nei diversi paesi, sancite con l'intendimento di tutelare i diritti del proprietario, che per qual si sia avvenimento ne sia stato spossessato, o che li abbia perduti, facilitandogli il mezzo per poterli ricuperare. Così la legge francese del 15 giugno 1872 dispone, che osservando la procedura determinata dalla legge per notificare la perdita od il furto di titoli al portatore, qualunque vendita o qualunque trasmissione dei medesimi è nulla rispetto al proprietario spossessato ed

opponente, salvo il diritto del terzo, che li abbia acquistati in buona fede, di ricorrere contro colui che li abbia venduti, onde farsi ristorare del danno che viene a soffrire. Secondo la legge italiana invece la rivendicazione di titoli al portatore smarriti o rubati è ammessa soltanto contro colui, che li abbia trovati o rubati, e contro coloro che li abbiano ricevuti per qualunque titolo conoscendo il vizio della causa del possesso (art. 57 Codice di commercio).

817. Potendo le cose mobili essere trasportate facilmente da un luogo ad un altro, e potendo accadere quindi, che il possesso delle medesime sia incominciato in un paese, ove sia in vigore una data legge, e che sia poi continuato in un altro ove imperi legge diversa sorge naturalmente il dubbio, se per decidere circa le condizioni, che devono verificarsi onde acquistare la proprietà della cosa, o per respingere l'azione del proprietario, debba essere applicata la legge dell'uno o quella dell'altro paese.

Coloro, che hanno propugnata la massima, che le cose mobili debbano essere rette dalla legge del proprietario, hanno opinato che ogni controversia possa essere eliminata attenendosi in tutto alla legge di colui, che è proprietario della cosa. Dobbiamo nondimeno osservare, che nel conflitto, che nasce tra due persone, delle quali una dice di essere proprietario e l'altra di avere acquistata la proprietà della cosa mobile in forza della prescrizione, siccome tanto l'attore, quanto il convenuto vanterebbe il diritto di proprietà, così la legge dell'uno, e dell'altro paese potrebbe essere riguardata come quella del proprietario; in vero tanto l'azione quanto la contro azione sarebbe fondata sulla proprietà. Si comprende quindi come l'espediente suggerito non possa valere a risolvere ogni controversia.

Altri scrittori hanno stimato invece, che, siccome tutto deve dipendere dal possesso, così bisogna tener conto della legge di quel luogo in cui sia stato posto il fatto giuridico, dal quale si vuol fare dipendere la prescrizione acquisitiva della proprietà della cosa mobile. Così la pensa Schaeffner (1). Egli dice, che tutto dovrebbe dipendere

(1) *Entwickelung des internationales Privatrechts*, § 67. Una traduzione italiana di tale opera fu fatta da TENORE.

dalla legge del paese, in cui incominciarono ad esistere le relazioni di fatto tra il possessore della cosa, e la cosa posseduta. Se a norma di tale legge la proprietà della cosa mobile non era prescrittibile, non potrebbe divenire tale, solo perchè le relazioni di fatto incominciate col possesso fossero continuate in un altro paese, ove la legge lo considerasse efficace all'acquisto della proprietà. Partendo da tale concetto, egli opina, che anche pel tempo richiesto per effettuare la prescrizione si debba tener conto esclusivamente della legge del paese, sotto l'impero della quale, le condizioni per l'acquisto, mediante la prescrizione, divennero dapprima esistenti, e che nulla osterebbe, se il possesso della cosa fosse stato poi continuato in un luogo retto da legge diversa.

818. Ma è d'uopo osservare, che le relazioni, le quali cominciano ad esistere tra il possessore di una cosa mobile e la cosa posseduta, si possono considerare come atti preparatorii; che lo stesso possesso continuo è per sua natura un rapporto puramente di fatto, e che solo, quando viene a spirare l'ultimo termine del tempo necessario a prescrivere, gli atti preparatorii divengono definitivi, e la proprietà è acquistata. Si può quindi con più ragione sostenere, che secondo la legge del paese, in cui la cosa mobile sia nell'attualità posseduta, debba decidersi, se la prescrizione possa o no essere efficace ad acquistarne la proprietà.

Questo principio deve con più ragione essere applicato nell'ipotesi, che colui, il quale possedeva la cosa, l'abbia trasmessa ad un altro, che in buona fede l'abbia da esso acquistata. In tal caso non si potrebbe invocare la legge straniera del proprietario per modificare il fatto giuridico compiuto sotto la legge vigente nel territorio. Avendo il legislatore ivi imperante, in considerazione della facilità, colla quale le cose mobili si trasmettono dall'uno all'altro, senza che resti alcuna traccia della loro trasmissione, disposto, che colui, il quale acquisti in buona fede una cosa mobile dal suo attuale possessore, debba esserne riguardato come proprietario, perchè esso aveva ragione di considerare a riguardo della medesima il possesso come titolo di proprietà, tale disposizione si deve considerare ordinata a tutelare il diritto sociale, a provvedere ai bisogni generali della vita e del commercio, e

non si può disconoscerne l'autorità, invocando l'applicazione della legge straniera per la sola considerazione che il proprietario era straniero. Potrebbe forse una legge straniera, in virtù di qual si fosse principio, modificare l'applicazione delle leggi vigenti sul territorio, e promulgate dal sovrano territoriale onde provvedere, mediante esse, ai bisogni sociali e a tutelare gl' interessi dei terzi, che avessero agito in buona fede?

La questione potrebbe complicarsi nell'ipotesi che l'attuale possessore avesse incominciato a possedere in un altro paese, e che subisse poi l'azione del proprietario della cosa mobile, che intendesse di rivendicarla.

In questo caso, dato, a modo di esempio, che il possessore si trovasse in possesso della cosa in Italia o in Francia, al momento in cui il proprietario esercitasse contro di lui l'azione di rivendicazione, non potrebbe invocare utilmente la massima sancita nel Codice francese, che in fatto di mobili il possesso vale titolo, onde opporre il fatto del possesso, contro colui, che rivendicasse la cosa in qualità di proprietario. Quella massima non può essere intesa nel senso assoluto, che cioè in qualunque maniera uno abbia incominciato a possedere, ed in qualunque paese abbiano incominciato gli atti di possesso, debba bastare il semplice e nudo fatto del possesso, onde essere reputato proprietario. Bisogna invece, com' è stato notato da Laurent (1), che il possesso sia stato acquistato in buona fede.

In conseguenza di questo principio, data l' ipotesi che uno, sul territorio soggetto alla legge austriaca, abbia acquistata una cosa mobile direttamente da un possessore vizioso o di mala fede, o che non possa indicare il suo autore, e che dopo avere acquistata tale cosa l'abbia trasportata in Italia, e che quivi contro di lui il proprietario eserciti l'azione di rivendica, non potrebbe tale possessore fondarsi sulla massima sancita dal Codice italiano, che considera il possesso come titolo a riguardo dei beni mobili, onde escludere l'azione del proprietario. A norma del principio sancito dall'art. 7 delle disposizioni generali delle leggi, i beni mobili sono in massima soggetti alla

(1) *Principes de droit civil*, tom. XXXII, § 11, p. 560.

legge del proprietario, salve le contrarie disposizioni della legge del paese nel quale si trovino, il quale principio è pure conforme alla regola comune di diritto internazionale privato, che ritiene le cose mobili sommesse dovunque alla legge stessa della persona del proprietario quando, in conseguenza di un rapporto giuridico posto in essere sotto l'impero della legge, ove la cosa nell'attualità si trovi, non sia il caso di reputarla soggetta alla *lex rei sitae*. Ora avendo noi supposto che la cosa mobile apparteneva ad un austriaco, e che sotto l'impero della legge vigente in Austria il possessore di mala fede la trasmetteva ad un altro, non vi potrebbe essere alcuna ragione per applicare la legge italiana a tale negozio giuridico; laonde il diritto del proprietario a rivendicare la cosa sua dovrebbe essere retto dalla legge austriaca, e siccome questa dispone, che colui, il quale abbia incominciato a possedere senza potere indicare l'autore, che trasferì ad esso il possesso, non possa acquistare la proprietà della cosa mobile, che mediante il possesso legittimo per sei anni, così bisognerà attenersi ad essa onde decidere, quando il diritto del proprietario debba ritenersi paralizzato in conseguenza della prescrizione da parte del possessore.

819. La massima « per le cose mobili il possesso vale titolo » non bisogna intenderla come se essa equiparasse il possesso alla prescrizione acquisitiva in fatto di mobili, ma come la sanzione di una regola giusta ed equa richiesta per soddisfare le esigenze sociali e per tutelare i fatti compiuti in buona fede; essa modificando il principio generale, che non si può alienare, quello che non appartiene in proprietà, ammette, che colui, il quale abbia acquistato una cosa mobile in buona fede da uno, che ne aveva il possesso, debba essere considerato come se l'avesse acquistata da uno che ne era il vero proprietario. Tale massima però sancita dalla legge italiana e da quella francese può essere applicata ai negozi giuridici, compiuti sotto l'impero della legge nostra, o di quella francese, ma non già a quelli compiuti in paesi stranieri e sotto l'impero di legge diversa. Prima che la cosa fosse stata trasportata in Italia il proprietario aveva il diritto di rivendicarla, fino a che non fosse stata compiuta l'usucapione, e non può essere privato di tale diritto per la considerazione che la medesima aveva

subito tale trasporto, sempre per la ragione, che il diritto del proprietario sulla cosa sua mobile dev'essere governato dalla legge personale di lui, e che il negozio giuridico che potrebbe rendere applicabile la legge nostra, quello cioè del possesso trasmesso sotto l'impero di essa, nell'ipotesi da noi fatta non sarebbe avvenuto in Italia, ma invece sarebbe avvenuto ove era in vigore una legge diversa.

Stando nel nostro ordine d'idee bisognerà pure ammettere, che se colui, che aveva acquistato la cosa mobile in Austria senza potere indicare il suo autore, l'avesse trasportata in Italia prima di compiere l'usucapione a norma della legge austriaca, e che avendo di essa il possesso in Italia l'avesse trasmesso ad un altro, che da lui avesse acquistato la cosa in buona fede, costui potrebbe a buon diritto invocare le disposizioni della legge nostra, che regolano le conseguenze giuridiche del possesso trasmesso al terzo in buona fede, perchè la circostanza dell'essere stato il negozio giuridico compiuto sotto l'impero della legge nostra giustificherebbe indubbiamente l'applicazione di essa.

Per la medesima ragione, se un prussiano od un austriaco smarrisse la cosa sua mobile in Italia, o ne fosse stato derubato, potrebbe ripeterla da quello presso cui la trovasse, a condizione che esercitasse la sua azione di rivendica nel termine di due anni. In conseguenza di tale disposizione deve ammettersi, che decorso il termine di due anni richiesto secondo la legge nostra per prescrivere l'azione del proprietario della cosa mobile, la proprietà di questa debba riguardarsi acquistata definitivamente dal possessore, e se posteriormente codesta cosa sia trasportata da colui, che ne era divenuto già proprietario, in Francia o in Germania, ove la durata del tempo richiesto per la prescrizione acquisitiva delle cose mobili è, secondo la legge, più lungo, bisognerebbe rispettare il diritto già acquistato in forza della legge nostra sotto l'impero della quale la prescrizione fu compiuta, e la proprietà definitivamente acquistata.

In sostanza la nostra teoria si riassume in questa maniera. Ciascuna legge territoriale deve regolare non solo il possesso, ma altresì tutte le conseguenze che ne possono derivare, anche rispetto alle cose mobili. Che perciò la prescrizione acquisitiva compiuta

secondo la legge del luogo in cui la cosa mobile si trovi, deve valere ad attribuirne la proprietà anche nell'ipotesi che fosse diversa la legge del proprietario, e che la cosa fosse trasportata sotto l'impero di essa, dopo che fosse stata già acquistata la proprietà colla prescrizione. Che i diritti del proprietario sulla cosa sua devono essere rispettati ogni qual volta essi siano stati acquistati, mentre la cosa si trovava in paese straniero, ed in forza di un negozio giuridico ivi compiuto, e prima che la cosa fosse stata di là rimossa e trasportata sotto l'impero di legge diversa.

CAPITOLO IV.

Dei diritti compresi in quello di proprietà, e della legge che deve regolarne il godimento e l'esercizio.

820. Il diritto di proprietà può essere limitato. — 821. Esso non può essere assoggettato sotto ogni rispetto alla *lex rei sitae*. — 822. Principii generali circa l'autorità della legge. — 823. Se ne fa l'applicazione nei sistemi del diritto feudale, e moderno. — 824. Limitazioni fondate sul diritto sociale. — 825. Di quelle fondate sullo statuto personale. — 826. Si discute la questione circa la legge che deve regolare la capacità della moglie a consentire la divisione dei beni ereditarii all'estero. — 827. Si determina come la *lex rei sitae* possa limitare il diritto del proprietario. — 828. Limitazioni fondate sull'autonomia del proprietario. — 829. Della legge che deve regolare il trasferimento della proprietà. — 830. Le condizioni richieste per l'efficacia del trasferimento. — 831. Conflitto fra lo statuto personale e reale a riguardo dei mobili. — 832. Della tradizione. — 833. Del possesso reale ed effettivo delle cose mobili. — 834. Casi nei quali può avere autorità lo statuto personale. — 835. Questo non può rendere necessaria la tradizione tra cittadini della stessa patria, se le cose si trovino all'estero. — 836. Le leggi regolano diversamente il trasferimento della proprietà dei crediti. — 837. Conflitti che ne possono nascere. — 838. Nostra opinione: critica della teoria di Laurent. — 839. Si chiarisce la nostra opinione cogli esempi, e la si riconforma. — 840. Della trascrizione e degli altri sistemi di pubblicità. — 841. Difficoltà che può nascere pel trasferimento della proprietà delle navi. — 842. Teoria stabilita dai tribunali francesi. — 843. Critica: e opinione nostra. — 844. Dell'azione di rivendicazione. — 845. Dell'azione publiciana. — 846. Dell'azione negatoria. — 847. Della rivendicazione delle cose mobili. — 848. Come in certi casi questa possa essere governata dalla *lex loci contractus*. — 849. I diritti acquistati dai terzi sotto l'impero della *lex rei sitae* devono essere retti da questa anche a riguardo dei mobili.

820. Il diritto di proprietà è di sua natura assoluto, però, siccome esso incontra una limitazione giuridica nei diritti spettanti ad altri, ed in quelli che appartengono allo Stato, perciò, secondo il diritto positivo la proprietà consiste nel diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera la più assoluta, purchè non ne venga fatto un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti. In virtù di questo principio, che troviamo sancito nel Codice civile italiano, art. 456, nel Codice

francese, art. 544, e negli altri Codici, che di quello francese hanno seguito le orme, bisogna ammettere, che possa essere limitato dalla legge il diritto assoluto spettante a ciascun proprietario di godere e di disporre, nel modo che meglio gli aggradisca, della cosa che gli appartenga.

821. Non si deve per altro supporre, che in virtù del principio accettato nella dottrina, e sancito dalle leggi, il quale ammette che la proprietà degl'immobili debba rimanere soggetta alla *lex rei sitae*, sia da cercarsi in codesta legge ogni principio, a riguardo delle limitazioni del diritto di proprietà. Una distinzione sostanziale rispetto a ciò dev'essere fatta considerando la natura e lo scopo della legge, in virtù della quale l'autonomia individuale subisce la limitazione, sancita dal legislatore. Può infatti accadere, che la limitazione dell'autonomia individuale derivi dalla condizione giuridica della persona, a cui la cosa appartiene: ovvero dai rapporti, nei quali si trovi il proprietario della cosa, di fronte alle persone da cui la famiglia è costituita, ovvero ch'essa derivi dalle convenzioni, e dai patti consentiti tra le parti, le quali, entro certi limiti, possono usare della loro autonomia, affine di stabilire col reciproco consenso le limitazioni dei diritti sulle cose, che a ciascuna di esse appartengono. Le convenzioni legalmente fatte tengono luogo di legge rispetto a coloro, che le abbiano concluse, e nei casi, nei quali debba ammettersi l'autonomia delle parti nel regolare mediante convenzioni i loro rapporti anche sulle cose, che ad esse appartengono, il rispetto della loro autonomia può essere il fondamento delle limitazioni da esse acconsentite.

Da questo risulta, che bisogna innanzi tutto determinare la legge competente a governare il rapporto giuridico, o il fatto giuridico, sul quale la limitazione può essere fondata, onde stabilire in principio quale sia la legge, che può limitare il diritto spettante al proprietario di godere e di disporre delle cose sue nella maniera la più assoluta.

822. Nella Parte generale (1) noi esponemmo il nostro concetto a riguardo dell'autorità territoriale delle leggi, che devono regolare la proprietà ed i diritti in essa compresi. Ivi dicemmo che devono essere

(1) Vol I, § 90.

considerate come parte del diritto pubblico territoriale, tutte le leggi che regolano la proprietà mirando a tutelare gl'interessi generali ed il diritto sociale: bisogna conseguentemente ammettere, che debbano avere autorità territoriale tutte le leggi di ciascuno Stato, le quali sanciscano le limitazioni del diritto di proprietà per un interesse sociale, economico, industriale, agricolo, o politico. Come d'altra parte deve poi ammettersi, che dovendo lo straniero godere dei suoi diritti sulle cose, che gli appartengono, in conformità della legge, che deve regolare gl'interessi privati di lui come proprietario, la sovranità territoriale non possa avere nessun interesse a disconoscere l'autorità delle leggi straniere, che impongano al proprietario quelle limitazioni, che possono essere la conseguenza della legge, alla quale esso sia soggetto per la sua condizione personale, o di quella alla quale egli volontariamente si assoggettò in virtù di un contratto o altrimenti.

Da questi principii ne consegue, che per decidere a riguardo delle leggi, le quali limitano il diritto di proprietà, quali siano quelle che devono avere autorità territoriale, e quali quelle che non la devono avere, tutto si riduce a determinare se le disposizioni che a questo provvedono appartengano o no al Diritto pubblico.

Il diritto di proprietà è assoluto, e tale dev'essere in massima reputato quello di disporre della propria cosa; il diritto quindi di alienare la proprietà dev'essere considerato come una facoltà assoluta, quando la limitazione di tale diritto non sia sancita per legge. Ora conviene considerare che la libera disposizione dei beni può essere limitata dalla legge in un modo assoluto, e questo equivale a mettere quelle date cose fuori di commercio. Riesce chiaro, che quando la legge così dispone, lo fa per motivi d'interesse pubblico o per tutelare il Diritto politico, ed essa deve avere autorità esclusiva sul territorio *erga omnes*.

823. Nel sistema feudale gli stessi proprietari allodiali ebbero soltanto il possesso della terra per concessione del Signore, essendochè la proprietà non appartenesse ad essi, non potendo i medesimi disporre delle terre, le quali erano trasmesse secondo la legge costitutiva del feudo. Tutto ciò non era al certo conforme alla natura delle cose ed ai diritti della personalità umana, ma dato un organamento politico,

nel quale il regime della proprietà fondiaria era la base dell'organismo sociale, non si poteva senza attentare ai diritti della sovranità, disconoscere l'autorità delle leggi, con le quali essa governava l'organismo della proprietà, facendo di questo la base materiale della sua esistenza politica. Esse facevano parte del Diritto pubblico, ed era giuocoforza ammettere la loro autorità assoluta ed esclusiva nello Stato organizzato col sistema feudale.

Negli Stati moderni, i quali hanno affrancato la proprietà da ogni vincolo feudale, la libera disposizione della terra è stata considerata come una delle condizioni atte ad accrescere la ricchezza pubblica, per lo che i vincoli perpetui, in virtù dei quali certe proprietà erano sottratte alla libera circolazione, sono stati aboliti in forza di un giusto principio di economia sociale e d'interesse generale. Essendo così divenuto un principio di Diritto pubblico, quello della libera circolazione della proprietà, e del diritto spettante al proprietario di affrancare le terre ad esso appartenenti dai vincoli perpetui, che ne impedivano la libera alienazione, deve conseguentemente ammettersi l'autorità territoriale di tali leggi, escludendo l'applicazione di qual si sia legge straniera, la quale o in virtù di vincoli stabiliti col fedecommesso, o con sostituzioni, o con rapporti feudali, mirasse a togliere le terre alla libera circolazione con grande pregiudizio della ricchezza pubblica.

Riesce chiaro che tanto nel primo quanto nel secondo caso la legge straniera del proprietario non potrebbe avere autorità, perchè essa non potrebbe valere a modificare il Diritto pubblico dello Stato, ove i beni fossero situati.

824. Per la medesima ragione le restrizioni al diritto assoluto di disporre della proprietà, le quali sono fondate su certe esigenze sociali devono essere governate dalla legge territoriale, e tali sono ad esempio quelle relative al regime delle foreste, e che attribuiscono allo Stato il diritto d'impedire la libera disposizione del legname necessario alla costruzione: quelle che regolano la coltivazione delle miniere, e via dicendo.

Deve parimente essere reputata come legge di Diritto pubblico territoriale, quella che assoggetta il proprietario a cedere in tutto o

in parte la sua proprietà mediante una giusta indennità fissata in conformità delle leggi, ogni qual volta che l'interesse del pubblico bene lo esiga. Sotto questo rispetto tutto quello, che può pretendere il proprietario straniero, è di essere posto nella medesima condizione del cittadino, e per quello che concerne i procedimenti legali sanciti dalla legge per definire quando sia il caso di ammettere la pubblica utilità, e per quello che concerne le indennità ad esso dovute in conseguenza dell'espropriazione.

825. Le limitazioni al diritto di alienare possono essere pure la conseguenza della legge, la quale vieti ad una persona di alienare quello che le appartenga, o che assoggetti tale fatto giuridico a certe condizioni, senza delle quali essa non lo reputi valido. Tale ad esempio è la legge, la quale vieta alla donna maritata, che non abbia ottenuta l'autorizzazione d'alienare l'immobile, che ad essa appartiene, e quella che toglie al marito di alienare durante il matrimonio i fondi della moglie costituiti in dote. Coteste limitazioni non possono essere fondate sulla legge territoriale, perchè, siccome esse derivano dalla condizione giuridica della persona (com'è nel caso della donna maritata non autorizzata) ovvero derivano dai rapporti di famiglia (come avviene a riguardo dell'alienabilità o dell'inalienabilità dell'immobile dotale) così non vi è nessuna ragione per applicare la legge territoriale onde decidere a norma di essa circa la limitazione del diritto di libera disposizione della proprietà; bisognerà invece tener conto della legge a cui è soggetta la persona, o di quella che deve governare il regime patrimoniale della famiglia.

826. La difficoltà, alla quale uno potrebbe andare incontro a tale riguardo, sarebbe questa. Dato cioè che un atto relativo ad un immobile fosse reputato atto di alienazione a norma della legge personale del proprietario, e che non fosse reputato tale a norma della *lex rei sitae*, se in tale evenienza si dovesse ammettere l'autorità della legge personale non solo per quello che concernesse il decidere circa alla capacità a fare validamente un atto di alienazione, ma altresì per quello che concernesse la natura ed il carattere dell'atto stesso, vale a dire per decidere se esso dovesse essere considerato come atto di alienazione.

Tale potrebbe essere il caso della divisione d'immobili ereditari fatta dalla donna maritata non autorizzata, il quale atto è reputato alienazione a norma di certe leggi, e che non è considerato tale secondo altre. Potrebbe bene accadere che gl'immobili ereditari si trovassero sotto l'impero della legge, che considerasse la divisione di beni fra i coeredi come un semplice atto dichiarativo della proprietà della quota a ciascuno di essi spettante, e che una donna maritata straniera, la quale secondo la sua legge personale avesse bisogno della autorizzazione del marito, solo per fare un atto di alienazione degl'immobili ad essa appartenenti, avesse acconsentito alla divisione dei beni ereditari senza essere autorizzata, pel motivo del non essere tale atto qualificato alienazione secondo la legge territoriale.

Qualora in tali circostanze sorgesse la controversia a riguardo della validità o della nullità dell'atto fatto dalla moglie straniera non autorizzata, dovrà ammettersi l'autorità della *lex rei sitae* onde decidere circa il carattere dell'atto relativo all'immobile?

In Italia la controversia, se l'autorizzazione maritale richiesta secondo il Codice civile debba reputarsi necessaria nell'ipotesi che la donna maritata volesse procedere soltanto alla divisione dei beni a lei pervenuti in eredità, è stata risoluta in diverso senso, la dottrina e la giurisprudenza essendosi divise nel sostenere da una parte la necessità dell'autorizzazione, e dall'altra nell'escluderla. Il motivo su cui riposa la teoria dell'una e dell'altra è precisamente il carattere dell'atto di divisione, che secondo alcuni deve ritenersi compreso nella categoria generale degli atti di alienazione, pei quali a norma dell'art. 134 del Codice civile è necessario che la donna maritata abbia ottenuta l'autorizzazione, mentre gli altri sostengono (fondandosi sulle stesse disposizioni del Codice, e sopratutto sull'articolo 1034, il quale è perfettamente conforme all'art. 883 del Codice francese), che la divisione non sia atto di alienazione, ma di dichiarazione della proprietà, e che perciò non possa ritenersi compreso nella categoria degli atti tassativamente enumerati, pei quali la donna, che ha marito, dev'essere autorizzata.

A noi non interessa di discutere la controversia di fronte alla legge civile di questo o di quel paese; solo riconosciamo che la que-

stione, se la divisione sia atto traslativo o dichiarativo di proprietà sussiste, non solamente di fronte al diritto italiano (1) ma altresì di fronte al diritto romano. Riteniamo non pertanto, che non possa essere dubbioso il principio secondo il quale dev'essere determinata l'autorità della legge, destinata a governare la capacità della donna maritata a procedere alla divisione con o senza l'autorizzazione del marito, perchè secondo la natura delle cose ed il motivo della legge stessa ci pare chiaro, che tutto debba dipendere dalla legge personale o da quella che deve governare i rapporti di famiglia, e che la legge territoriale, che qualifichi diversamente l'atto di divisione, non possa valere ad attribuire alla donna maritata straniera una capacità a fare validamente un atto, pel quale essa non sia capace senza l'autorizzazione a norma della sua legge personale.

Il principio, il quale stabilisce che gl'immobili debbano essere soggetti alla legge del luogo in cui siano situati, non può essere invocato in tali circostanze, perchè la sostanza della controversia non sarebbe quella della natura dell'atto di divisione e degli effetti, che la legge gli attribuisce rispetto ai terzi, ma bensì della capacità della persona a farlo, e siccome la capacità deve dipendere dalla legge personale, così si dovrà a seconda di essa decidere altresì, se per procedere alla divisione l'autorizzazione maritale debba ritenersi necessaria.

Supposto, a modo di esempio, che in Italia il legislatore avesse sancito con legge la teoria stabilita dalla Corte di Genova nella sua sentenza del 13 maggio 1875, e sostenuta dal Pacifici-Mazzoni, da Paoli e da altri, che cioè l'autorizzazione maritale non possa reputarsi necessaria per procedere alla divisione, non si potrebbe in tale evenienza sostenere, che la donna francese maritata potesse procedere alla divisione dei beni a lei toccati in eredità co' suoi coeredi (fossero italiani o francesi), senza bisogno di autorizzazione. Non essendosi in Francia sollevato alcun dubbio intorno alla necessità dell'autorizza-

---

(1) Vedi in sostegno della non necessità dell'autorizzazione, Corte di Genova, 13 marzo 1875; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, t. I, n° 204; PAOLI, nel *Giornale delle leggi*, 1876, pag. 370. In senso contrario, Corte di cassaz. di Torino, 8 aprile 1874, giornale *La Legge*, 1874, i, 1084; *Id.*, 15 novembre 1876; *Monitore dei Tribunali*, 1877, 41.

zione in caso di divisione d'immóbili, la donna francese non potrebbe essere capace che a norma della sua legge, nè potrebbe utilmente invocare la legge italiana, la quale abbiamo supposto non richiedere l'autorizzazione, perchè tale legge non potrebbe avere autorità che per decidere circa la capacità della donna italiana a fare validamente tale atto, e non potrebbe valere per attribuire alla donna francese una capacità, ch'essa non avrebbe. Non essendovi alcuna ragione per attribuire alla legge, nell'ipotesi da noi fatta, il carattere di legge di Diritto pubblico, non vi può essere nessun motivo per sostenerne l'autorità anche rispetto agli stranieri.

827. La teoria da noi stabilita può valere a risolvere ogni controversia, che possa nascere a riguardo delle limitazioni del diritto di proprietà. Questo può essere limitato in vista di un interesse o di un diritto sociale, e può essere limitato altresì in conseguenza del diritto spettante ad un altro, e quindi della lesione o del pregiudizio, che costui verrebbe a patire, se l'altro usasse nella maniera la più assoluta della cosa, che ad esso appartenesse.

Poth'er aveva definito la proprietà: « il diritto di disporre di una cosa come meglio ad uno aggradisca senza attentare ai diritti altrui ed alle leggi ». La restrizione di non potere attentare ai diritti altrui è insita nella natura delle cose rispetto ad ogni esercizio dell'attività individuale. Il diritto è l'uso della libertà nella propria cerchia giuridica, e questa termina ove incomincia un altro diritto. Oltrepassando questo limite viene sempre a verificarsi l'offesa, e come ivi deve arrestarsi ogni diritto, ivi deve arrestarsi altresì il potere assoluto del proprietario sulla cosa, che gli appartenga. La legge determina la cerchia di tutti i diritti e stabilisce così il limite di ciascheduno di essi, perlochè due diritti opposti non possano coesistere nella stessa cerchia giuridica.

Bisogna ora considerare, che rispetto alla proprietà certi diritti derivano dalla legge, la quale li attribuisce al proprietario, non nell'interesse personale di lui, ma per tutelare bensì gl'interessi sociali, e le leggi che a questo provvedono devono avere autorità territoriale, perchè esse non attribuiscono diritti privati, nè proteggono interessi individuali, ma attribuiscono sì bene diritti pubblici, e proteggono

interessi sociali. Noi entriamo così nello stess'ordine d'idee, che cioè codeste leggi, le quali limitano il diritto di proprietà per salvaguardare il diritto di un altro, che è pure proprietario, devono avere autorità territoriale, perchè sono in causa l'interesse sociale ed il diritto sociale.

La missione della sovranità secondo il giusto concetto del Diritto moderno consiste nel tutelare ogni diritto e nel coordinare tutti gli interessi. Essa deve proteggere le persone ed il patrimonio, che a ciascuna di esse appartiene, e mantenere e conservare l'associazione degli uomini, che vivono in comunità. Da ciò deriva, come bene osservava Portalis, che il diritto del proprietario, per quanto esteso possa essere, deve subire pur tuttavia quelle limitazioni che sono rese necessarie dallo stato di società. Ora noi diciamo, che le leggi che sanciscono le limitazioni di cotest'ultima specie, devono avere autorità territoriale, perchè, siccome mirano a garantire l'esistenza della società, così costituiscono quello, che fu denominato *statuto reale*.

Lo stesso deve dirsi delle leggi che stabiliscono le distanze richieste in alcune costruzioni, escavazioni e piantagioni. Il diritto attribuito dalla legge di esigere che il proprietario di un fondo contiguo, volendo fabbricare una casa od un muro anche solo di cinta, debba farlo alla distanza fissata dalla legge, o che debba essere assoggettato, quando non l'abbia osservata, a mettere in comunione col vicino il muro da esso costruito, è motivato dall'interesse generale di tutelare la vita, l'igiene, la salute, e la legge ha perciò il carattere di *statuto reale*, perchè essa non attribuisce al privato un diritto nel suo particolare interesse, ma mira a tutelare l'interesse sociale. Lo stesso deve dirsi delle leggi, che determinano le condizioni per la costruzione degli stabilimenti insalubri, incomodi o pericolosi, perchè siccome esse pure mirano a conservare la salute e la vita degli uomini, così hanno il carattere di leggi di polizia, e quindi autorità territoriale *erga omnes*.

Per la medesima considerazione dev'essere attribuita autorità territoriale alla legge, la quale concede ad uno, che abbia costruito un corso d'acqua od una fonte, di esigere dal vicino, che voglia pure costruire un'altra fonte o scavare un pozzo, di non poterlo fare che osservando le distanze necessarie dalla legge stessa fissate. Coteste

leggi e le altre ad esse somiglianti mirano a mantenere i rapporti delle sociali esigenze nella vita agricola, industriale e commerciale, per lo che esse attribuiscono diritti scambievoli ai proprietari, ed impongono così necessarie limitazioni al potere assoluto di ciascheduno di essi, affine di provvedere alle necessità dell'industria, ed alla prosperità dell'agricoltura onde accrescere così la ricchezza pubblica.

Non entriamo in altri minuti particolari, perchè il principio da noi stabilito può valere a risolvere le controversie in ogni caso. Noi del resto ritorneremo su tale soggetto discorrendo delle servitù legali. I legislatori hanno in vero annoverato sotto la categoria di servitù legali tutte le limitazioni al diritto assoluto di proprietà stabilite dalla legge per un motivo d'utilità pubblica o privata. Accettando la definizione di Pothier, che cioè la proprietà di fronte alla legge civile consista nel diritto di disporre della cosa, che ci appartiene, come meglio ci aggradisca senza attentare ai diritti altrui ed alle leggi, si può ammettere, che quando la legge attribuisce un diritto ad un proprietario, rispetto ad un altro, cui appartiene il fondo contiguo, la limitazione del diritto di costui sia fondata sul concetto stesso della proprietà, e che costituisca il limite giuridico del potere assoluto del proprietario secondo la legge civile. Ad ogni modo il diverso punto di vista, sotto di cui si può considerare la limitazione, non può mutare la sostanza della teoria da noi esposta.

828. Oltre alle limitazioni, delle quali abbiamo parlato finora, altre ve ne possono essere, che sono la conseguenza dell'autonomia del proprietario. Questi, potendo far servire la cosa a tutti gli usi compatibili con la natura della medesima, ogni qual volta che non venga offesa la legge, può, mediante convenzioni o altrimenti, limitare il diritto suo assoluto, può cedere codesta cosa in tutto od in parte, gravarla di servitù o d'ipoteche, e fare ciò con atti tra i vivi o di ultima volontà. Ora riesce chiaro che per tutte codeste limitazioni, che possono essere la conseguenza del libero arbitrio del proprietario, non si può ammettere, che tutto debba dipendere dalla *lex rei sitae*, ma si dovrà invece tener conto della legge, alla quale per la natura delle cose deve rimanere soggetto il titolo, sul quale la limitazione può ritenersi fondata.

829. Il diritto, che a ciascuno appartiene, di trasmettere la proprietà della cosa, è compreso tra i diritti, che costituiscono la proprietà. Il trasferimento della proprietà può essere effettuato mediante atto tra i vivi e di ultima volontà, a titolo gratuito ed a titolo oneroso, e può derivare dalla successione, dalla donazione, e da un contratto, il quale abbia per oggetto il trasferimento di codesta proprietà, o di un diritto reale sulla cosa. Non è questo certamente il luogo, nel quale si debba discorrere partitamente di ciò, perchè di ciascuno dei mezzi, coi quali la proprietà può essere trasferita, diciamo sotto il titolo che concerne ciascun modo speciale di trasferimento. In questo luogo dobbiamo solamente occuparci delle leggi, le quali assoggettano l'efficacia del trasferimento della proprietà a certe condizioni, affine di esaminare quale debba essere la loro autorità. Una differenza sostanziale si trova infatti tra le leggi dei diversi paesi a riguardo delle condizioni legali, che devono essere reputate indispensabili, affinchè la proprietà possa essere realmente ed effettivamente trasferita tra le parti, e rispetto ai terzi.

A cominciare dalla forma dell'atto, col quale la proprietà può essere trasferita, noi troviamo ad esempio, che il legislatore italiano coll'art. 1314 del Codice civile dispone nel seguente modo: « devono farsi per atto pubblico, o per scrittura privata sotto pena di nullità le convenzioni, che trasferiscono proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, salve le disposizioni relative alle rendite sopra lo Stato ». In forza di codesta disposizione l'atto scritto è condizione indispensabile, affinchè il trasferimento di un immobile situato in Italia possa essere reputato giuridicamente esistente. Ora noi non dubitiamo, che la disposizione della legge nostra, la quale sottopone imperiosamente alla necessità della scrittura ogni convenzione, con la quale si vuole trasferire la proprietà di un immobile, debba avere autorità *erga omnes* a riguardo degl'immobili esistenti nel territorio italiano. La ragione è, perchè codesta disposizione mira direttamente a prevenire le frodi, con le quali i diritti dei terzi potrebbero essere pregiudicati, se il trasferimento della proprietà immobiliare potesse essere stabilito, mediante la prova di un contratto verbale. Non può essere quindi il caso d'invocare la legge personale, o quella del luogo, in cui

sia stato fatto il contratto per sostenere, che la vendita fatta con atto verbale in conformità della legge estera debba essere ritenuta esistente giuridicamente di fronte alla legge italiana, la quale non reputa che sussista il trasferimento di proprietà di un immobile, se non quando l'atto sia stato scritto.

Una disposizione conforme si trova nel diritto inglese nello statuto delle frodi, il quale esige parimente come condizione *sine qua non* della validità dell'alienazione di un immobile, che l'atto sia scritto o registrato. Riesce chiaro, pel titolo stesso di quella legge, come mirando essa a prevenire la frode debba essere annoverata tra quelle di ordine pubblico, e come debba avere per questo autorità territoriale, nel senso che non possa mai essere lecito agli stranieri di sostenere di fronte al Diritto inglese di avere validamente effettuato il trasferimento della proprietà di un immobile esistente nella Gran Bretagna, quando non possano constatare tale negozio giuridico mediante l'atto scritto richiesto da quella legge come condizione essenziale pel valido trasferimento.

830. Passiamo a discorrere delle condizioni alle quali può essere subordinato il trasferimento di proprietà tra le parti.

La differenza che tuttora s'incontra a tale riguardo nelle leggi positive consiste principalmente nell'avere alcune di esse mantenuto il principio di diritto romano, che esigeva la tradizione come assolutamente indispensabile per l'acquisto della proprietà, e nell'avere altre ammesso, che la traslazione della proprietà sia l'effetto immediato del consenso legittimamente manifestato, e che non occorra a ciò la tradizione.

Il legislatore italiano dispone nel seguente modo con l'art. 1125 « nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato, e la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, quantunque non sia seguita la tradizione ». Codesto articolo è pressochè conforme all'art. 1138 del Codice francese. Al contrario nel Codice neerlandese la tradizione è reputata indispensabile per l'acquisto della proprietà; esso infatti dispone con l'art. 639 « che la proprietà dei beni si acquista con la

tradizione in virtù di un titolo traslativo della proprietà emanato da colui che può disporre dell'oggetto ». Nel Codice prussiano, in quello di Baviera, dell'Austria e di altri Stati si trova pure sancito il principio di diritto romano *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*. Il Codice civile austriaco dispone nel seguente modo: art. 425 « col solo titolo non si acquista la proprietà. Eccettuati i casi determinati dalla legge, la proprietà e tutti i diritti reali in genere si possono acquistare soltanto per la legittima consegna e ricevimento ». Art. 426 « le cose mobili non possono di regola essere trasferite ad altri, se non colla tradizione materiale da mano a mano ».

In generale bisogna ammettere, che le disposizioni legislative, che sanciscono le condizioni pel trasferimento della proprietà, debbano avere l'autorità dello *statuto reale*, imperocchè dev'essere attribuito alla *lex rei sitae* di fissare in quale maniera il rapporto giuridico tra la cosa e la persona, a cui essa dev'essere attribuita in proprietà, possa ritenersi stabilito.

Cotesta regola non può sollevare dubbi nella sua applicazione, allorchè si tratti di cose immobili, imperocchè, anche quando il contratto di traslazione di proprietà fosse fatto sotto l'impero di una legge, la quale ammettesse a modo d'esempio il principio sancito dalla legge italiana, e la cosa si trovasse in altro paese, ove avesse vigore una legge conforme a quella austriaca, siccome il diritto reale sulla cosa immobile non potrebbe reputarsi acquistato, che in conformità della *lex rei sitae*, perciò dovrebbe ammettersi, che colui, a cui non fosse stata fatta la tradizione, non potesse esercitare alcuna azione reale sulla cosa, non potendo essere reputato di fronte a quella legge come proprietario. L'acquirente potrebbe quindi fondare sulla legge del contratto soltanto un'azione personale contro l'alienante e suoi eredi, potrebbe ottenere il rifacimento del danno, se l'alienante, dopo aver ad esso venduto la cosa, si rifiutasse poi di farne la legittima consegna, a norma della *lex rei sitae*, onde rendere così effettiva la traslazione della proprietà, ma siccome egli non potrebbe essere ritenuto come proprietario, e la cosa dovrebbe essere considerata nel possesso legittimo di colui, alla quale essa apparteneva, fino a tanto

che non ne avesse fatta la tradizione, così di fronte alla *lex rei sitae* l'alienante soltanto, e non l'acquirente, dovrebbe essere riguardato come proprietario e legittimo possessore.

831. La difficoltà può sorgere a riguardo delle cose mobili.

Conviene innanzi tutto distinguere i mobili corporali dai mobili incorporali. Rispetto ai primi noi troviamo, che secondo alcune leggi essendo la tradizione necessaria pel trasferimento della proprietà delle cose immobili e delle cose mobili, bisogna ammettere, che quando queste si trovino in un luogo fisso e determinato, ove secondo la legge la tradizione o la loro consegna sia richiesta per trasferirne la proprietà, è necessario attenersi a quanto la legge dispone, a cagione del dover sempre considerare la disposizione tra quelle, che hanno autorità territoriale per le ragioni summentovate.

Il principio in virtù del quale si ammette, che le cose mobili debbano essere governate dalla legge personale del proprietario, non può aver valore per sostenere che la proprietà della cosa mobile debba ritenersi trasferita col consenso delle parti, e senza bisogno della tradizione in conformità della legge personale del proprietario, imperocchè a cagione del trovarsi effettivamente ed attualmente le cose mobili sul territorio straniero soggette alla legge ivi imperante, non si può escludere l'applicazione di cotesta legge in tutti i casi, nei quali essa dispone a riguardo delle cose per considerazioni d'interesse generale. Essendo tale la legge che regola il trasferimento della proprietà, non può essere il caso di riferirsi allo statuto personale, che concede alle parti di trasmetterla con la loro sola volontà. In ogni caso infatti, in cui vi sia contrarietà tra la legge personale e la legge territoriale a riguardo dei mobili, non si può senza offesa dei diritti della sovranità territoriale attribuire autorità alla legge personale opposta e contraria alla *lex rei sitae*, motivata da ragione di ordine pubblico e d'interesse sociale.

832. Supponiamo che un commerciante domiciliato in un dato paese, ove secondo la legge, la tradizione non sia richiesta per trasferire la proprietà delle cose mobili, venda una partita di merci esistenti all'estero, ove la tradizione sia secondo la legge indispensabile per trasferire la proprietà. Supponiamo che un terzo creditore dell'alienante

sequestri la partita di merci vendute, e che sorga la controversia, se per la mancata tradizione le cose debbano reputarsi tuttora nel patrimonio dell'alienante, o se invece l'acquirente sia divenuto loro proprietario, e non ci sembra in tal caso dubbiosa la soluzione. Le cose devono ritenersi nel dominio del proprietario primitivo, perchè le cose mobili, che sono in un dato luogo, devono ritenersi soggette alla *lex rei sitae* per tutte le quistioni che si riferiscono al possesso, ai privilegi, che su di esse possono acquistarsi, ed ai mezzi legali per trasferirne la proprietà. La dottrina di quelli scrittori, che hanno sostenuto doversi le cose mobili considerare per finzione di diritto al domicilio del proprietario *a quo legem situmque accipiunt*, può trovare la sua applicazione nei soli casi, nei quali si tratti di determinare i rapporti tra il proprietario, e la cosa, senza che in questo siano in causa gl'interessi dei terzi, ma quando ciò accada, le leggi imperanti nel luogo, ove i mobili siano situati, e mediante le quali il legislatore abbia provveduto in una maniera o nell'altra a tutelare gl'interessi dei terzi, o a determinare i rapporti sulle cose stesse per considerazione d'interesse sociale, devono avere autorità esclusiva, perchè esse fanno parte dello statuto reale.

833. Applicando questo principio si dovrà dedurre, che qualora il proprietario straniero di una cosa mobile esistente in Italia si fosse obbligato con successive convenzioni di darla o di consegnarla a due persone, comunque disponesse la legge di lui a tale riguardo, dovrebbe essere preferito quello dei due compratori, al quale ne fosse stato dato il possesso, sebbene il suo titolo fosse di data posteriore, in conformità di quanto dispone il legislatore italiano con l'art. 1126 del Codice civile (1). Tale disposizione, regolando le conseguenze che derivano dal possesso reale ed effettivo, deve avere autorità territoriale al pari di ogni altra disposizione, che concerne gli effetti giuridici del possesso e le condizioni legali pel trasferimento della proprietà.

---

(1) Art. 1126: « Se la cosa che taluno si è obbligato con successive convenzioni di dare o consegnare a due persone, è un mobile per natura o un titolo al portatore, quella fra esse a cui fu dato il possesso, sarà preferita all'altra, sebbene il suo titolo fosse posteriore di data, purchè il possesso sia di buona fede ».

Stando nello stess'ordine d'idee bisognerà pure ammettere, che nell'ipotesi che secondo la legge personale del proprietario fosse stabilito, che l'alienazione di una cosa mobile fatta con convenzioni successive diventasse effettiva a riguardo del trasferimento della proprietà mediante la consegna della cosa all'uno o all'altro, e che non fosse fatta alcuna distinzione rispetto a colui il di cui titolo fosse di data posteriore, ed al quale fosse stata fatta la consegna, secondo che egli era in buona od in mala fede, non si potrebbe anche in tale caso invocare la legge personale onde sostenere di fronte alla legge italiana, che dovesse essere preferito colui, a cui fosse stato dato il possesso della cosa, benchè egli fosse di mala fede, perchè a norma della legge italiana il possesso ottenuto da colui, il di cui titolo sia di data posteriore, è decisivo, nel solo caso in cui egli abbia ottenuto il possesso in buona fede, e siccome la su mentovata disposizione dell'art. 1126 forma parte dello statuto reale, così non potrebbe essere il caso di invocare l'applicazione dello statuto personale. Non si tratterebbe al certo di decidere circa i diritti delle parti, e le convenzioni da esse fatte, ma di determinare bensì quale dovesse essere la legge destinata a regolare i diritti acquisiti dai terzi sulle cose esistenti sul territorio dello Stato, e la risposta non può essere dubbiosa, dovendosi ammettere assoluto il potere sovrano, anche rispetto alle cose mobili, ogni qual volta esso regoli con le sue leggi i rapporti tra le persone e le cose stesse nell'interesse pubblico, come avviene in ogni caso in cui mira a determinare e salvaguardare i diritti dei terzi.

834. La legge personale del proprietario può avere autorità a regolare il trasferimento di proprietà delle cose mobili, soltanto nel caso in cui esse non possano reputarsi in un luogo fisso, e quindi soggette alla legge ivi imperante, ovvero quando l'applicazione della legge personale diversa dalla legge territoriale possa essere fatta senza pregiudizio dei diritti dei terzi o della sovranità territoriale.

Volendo chiarire con un esempio il nostro principio esaminiamo il caso di un italiano, il quale alieni il carico o la nave mentre essa si trovi in viaggio diretta a Nuova Orleans. Supponiamo che questo avvenga in Italia, e che la vendita sia perfezionata a norma della legge nostra col trasferimento e la consegna della polizza di carico: che

appena poi detta nave arrivi nel porto di Nuova Orleans sia sequestrata col carico da un creditore del venditore, e che sorga la controversia intorno alla validità di tale sequestro.

Secondo la legge vigente nella Luigiana, essendo la tradizione necessaria pel trasferimento della proprietà delle cose mobili, il sequestrante potrebbe addurre doversi le cose considerare nel dominio del venditore per la mancata tradizione prima del sequestro, e di avere quindi il diritto di escludere di doversi esse considerare nel dominio del compratore. A noi sembra, che la sua pretesa in tale caso non potesse ritenersi ben fondata in diritto. Le cose mobili possono infatti essere assoggettate all'impero delle leggi vigenti in un dato luogo, ogni qual volta che esse ivi si trovino attualmente, e che, mentre si trovino in quella data località, sia il caso di discutere circa i diritti, che a riguardo delle medesime possono essere acquistati: circa gli effetti del possesso: circa i mezzi legali per trasferirne la proprietà: e via dicendo. Le cose che viaggiano in alto mare devono essere considerate al domicilio del proprietario per finzione di diritto, questo è uno dei casi nei quali può valere senza dubbiezze la massima *mobilia ossibus personae inhaerent*. Ora, dovendosi tali cose reputare soggette allo statuto personale del proprietario, *a quo legem situmque accipiunt*, ed essendo stata la vendita perfezionata, ed il trasferimento della proprietà del carico compiuto a norma della legge nostra colla consegua della polizza di carico, le cose devono ritenersi nel dominio del compratore, nè può trovare alcuna applicazione la legge della Luigiana a tale negozio giuridico compiuto prima che le cose fossero arrivate a Nuova Orleans, ossia prima che esse avessero potuto essere assoggettate all'impero delle leggi ivi vigenti.

Un altro esempio, nel quale può trovare applicazione il principio su esposto può essere quello di un italiano, il quale abbia venduto ad un altro italiano o ad un francese le merci a lui appartenenti, e che si trovino in Austria od in Germania. Facciamo l'ipotesi, che la controversia nasca tra venditore e compratore, e che in tale controversia non siano in causa gl'interessi dei terzi, e che il tribunale italiano od il tribunale francese investito della causa sia chiamato a decidere, se nei rapporti tra venditore e compratore la vendita debba ritenersi

perfetta, e se il compratore riguardo al venditore abbia acquistato la proprietà delle cose esistenti in Germania, nel momento in cui essi convennero intorno ad esse ed al prezzo, quantunque non sia seguita la tradizione a norma della legge vigente in Germania.

A noi sembra, che anche in tale caso possa ammettersi l'autorità della legge personale onde decidere a norma di essa circa l'acquisto della proprietà, perchè, siccome la controversia si aggirerebbe tra le parti (avendo supposto che i terzi non fossero interessati), e dall'altro lato la sovranità territoriale non potrebbe reputarsi lesa nei suoi diritti, se un proprietario straniero disponesse e trasmettesse le sue cose mobili a norma della legge personale di lui, così non sarebbe il caso di escludere l'applicazione della legge italiana e di decidere a norma di essa la controversia tra le parti.

835. Reputiamo peraltro opportuno di notare, che la teoria da noi sostenuta in quest'ultimo caso non può trovare la sua applicazione che nell'ipotesi da noi fatta, che cioè, secondo la legge personale del proprietario, l'acquisto della proprietà nei rapporti tra venditore e compratore possa aver luogo senza la tradizione; e che, le cose mobili si trovino là ove la tradizione sia richiesta per legge. Noi non sosterremmo al certo lo stesso principio nell'ipotesi, che secondo la legge personale del proprietario, la tradizione fosse richiesta pel trasferimento della proprietà, e che le cose si trovassero in un luogo ove secondo la legge la tradizione non fosse necessaria.

Supponiamo a modo d'esempio che un austriaco avesse venduto le cose mobili esistenti in Italia, e che non ne avesse fatta la tradizione, e che sorgendo la controversia tra lui ed il compratore volesse invocare dinanzi ai tribunali italiani la disposizione dell'art. 426 del Codice civile austriaco, il quale dispone che le cose mobili non possono essere trasferite ad altri se non con la tradizione materiale da mano a mano, onde dedurre che per la mancata tradizione non dovesse ammettersi trasferimento di proprietà a norma della legge personale di lui. Non si potrebbe in tale circostanza accogliere la sua pretesa, come abbiamo detto nell'altro caso, perchè evvi una differenza sostanziale tra l'una e l'altra ipotesi. Altra cosa è infatti il concedere ad un proprietario straniero di cose mobili di disporre di esse e di trasferirne

la proprietà a norma della propria legge personale, quando non siano in causa gl'interessi dei terzi ed i diritti della sovranità territoriale; altra è, il concedere al medesimo la facoltà d'invocare la sua legge personale per modificare le leggi emanate dalla sovranità e l'autorità territoriale delle medesime. Le leggi che determinano i modi legali pel trasferimento della proprietà formano parte dello statuto reale, e non può essere mai concesso ad uno straniero d'invocare la sua legge personale per modificare l'autorità dello statuto reale. Dato che, secondo questo, la tradizione non fosse necessaria, i diritti della sovranità territoriale sarebbero certamente lesi se in virtù di una legge emanata da una sovranità straniera potesse rendersi la tradizione necessaria. Il venditore poteva al certo subordinare la perfezione della vendita a tale condizione mediante patto espresso, in tale caso la tradizione sarebbe divenuta necessaria per volontà delle parti: sarebbe stata la conseguenza della loro autonomia e della facoltà ad esse concessa di subordinare la perfezione del negozio giuridico a qualunque condizione sospensiva, ma l'addurre che la tradizione debba essere reputata necessaria in forza del precetto imperativo di una sovranità straniera, questo non può ammettersi senza lesione dei diritti della sovranità territoriale.

836. Passiamo ora ad esaminare la controversia che può nascere a proposito del trasferimento della proprietà delle cose mobili incorporali. Il porprietario di un credito può cederlo, e trasferire mediante la cessione la proprietà di esso al cessionario. Ora le leggi non sono uniformi a riguardo delle condizioni richieste pel trasferimento di proprietà del credito ceduto.

Secondo la legge italiana il trasferimento della proprietà di un credito è perfetto tra le parti col consenso reciproco sulla cosa e sul prezzo. A ciò non è necessario, nè che il debitore intervenga, nè che sia trasferito il possesso del credito mediante la consegna del documento che provi il credito o il diritto ceduto; la proprietà si acquista di diritto fra le parti come in qualunque altra vendita, e il cedente è obbligato ad eseguire la sua obbligazione, già completa, mediante la consegna del documento, nella stessa guisa che il venditore è tenuto a fare la tradizione. Il trasferimento di proprietà però non è oppo-

nibile nè rispetto ai terzi, nè rispetto al debitore stesso, che quando la cessione sia notificata al debitore, o quando questi l'abbia accettata con atto autentico (Codice civile italiano, art. 1538-40) (1).

Secondo il Codice civile austriaco essendo richiesta in massima la tradizione da mano a mano pel trasferimento della proprietà delle cose mobili (art. 426), il legislatore dispone poi nel seguente modo con l'art. 427: « riguardo a quelle cose mobili, che per la qualità di esse non ammettono una materiale tradizione, come sono i crediti..... la legge ne permette la tradizione per segni, la quale si fa se il proprietario consegna all'accettante i documenti comprovanti la proprietà ».

Nel Codice civile neerlandese, che ammette pure la tradizione come necessaria per trasferire la proprietà dei mobili, è poi così disposto rispetto ai crediti (art. 668) la tradizione dei crediti, che non sono al portatore, e di altri beni incorporali si opera in virtù di un atto autentico e con scrittura privata, colla quale i diritti su tali oggetti sono trasferiti ad un terzo. Cotesto trasferimento non ha effetto a riguardo del debitore, che dal giorno in cui gli sia stato significato o che egli l'abbia accettato o riconosciuto con atto scritto. A riguardo degli effetti al portatore la consegna equivarrà alla tradizione.

Secondo il diritto inglese, la cessione opera trasferimento del credito anche rispetto ai terzi indipendentemente dalla notificazione al debitore. Questa però è necessaria per esonerare il debitore dall'obbligo di pagare al cedente, in modo che se il debitore ignorando la cessione pagasse al primo creditore, o ad un terzo, che gli fosse stato indicato come cessionario del credito, non sarebbe tenuto a nulla rispetto al primitivo cessionario, ma se dopo la cessione del credito questo venisse sequestrato da un terzo, creditore del cedente, nelle mani del debitore, prima che ad esso fosse stata fatta la notificazione, e, *pendente lite* il debitore avesse notizia della cessione in tempo utile, potrebbe valersi dell'avvenuta cessione per essere esonerato dall'obbligo di pagare a colui, che avesse fatto il sequestro.

---

(1) Il Codice Napoleone ha disposizioni analoghe, art. 1689-91; Confr. Troplong, *Vente*, n° 877 e seg.; Zaccariae, § 359.

837. Cotesta differenza di leggi può dar luogo ad una grave controversia nell'ipotesi di un credito appartenente ad uno, che l'abbia ceduto ad un terzo a norma della sua legge personale, la quale consideri efficace il trasferimento della proprietà del credito tra le parti rispetto ai terzi senza bisogno della notificazione al debitore, qualora il credito ceduto sia esigibile al domicilio del debitore, ove secondo la legge la notificazione al medesimo sia dichiarata necessaria per l'efficace trasferimento di un credito tra le parti, o rispetto al debitore, o ai terzi.

Tale controversia era stata esaminata accuratamente da Story (1) il quale riferisce vari casi decisi dai tribunali inglesi ed americani. Tra le opinioni manifestate in proposito si trova quella di Lord Kames (2), il quale aveva osservato che un credito non può essere riguardato come un *corpus* suscettibile di una posizione locale essendo piuttosto un *jus incorporale.* Ma considerando che esso è un oggetto in possesso del creditore, se deve ammettersi una finzione, è più naturale di localizzarlo al domicilio del creditore, che a quello del debitore. Da ciò egli conchiude che in caso di conflitto di legislazioni debba prevalere la legge del creditore. Quando questi abbia ceduto volontariamente il suo credito secondo la legge della sua patria, il cessionario avrebbe acquistato un giusto titolo per domandare a preferenza il pagamento dovunque, e codesto suo titolo dovrebbe essere considerato perfetto *jure gentium* per la nota massima *mobilia non habent sequelam.*

838. Noi avevamo manifestata la nostra opinione nella prima edizione della presente opera (3), ed essa ha dato motivo a qualche osservazione fatta da Laurent, che discutendo intorno a tale soggetto è arrivato a conclusioni non conformi alle nostre. L'insigne giurista si propone di determinare la natura della legge che regola la cessione per quello che concerne la trasmissione della proprietà del credito ceduto, e ritenendo che lo statuto della cessione sia reale, deduce da questo, che le parti debbano essere assoggettate alla legge territo-

---

(1) *Conflict of Laws*, §§ 396 e seguenti.

(2) Kames, *On equity*, B. 3, cap. VIII, § 4.

(3) Vedi *Diritto internazionale privato*, § 341 (Firenze, successori Lemonnier, 1869).

riale. Noi non abbiamo veramente potuto comprendere la critica fattaci dal Laurent, e la differenza sostanziale tra quello che egli sostiene, e quello che noi avevamo detto. Riteniamo infatti che la legge, la quale assoggetti la cessione a certe condizioni di pubblicità per la sua efficacia tanto a riguardo del debitore, quanto a riguardo dei terzi, debba avere autorità territoriale, perchè là ove sia in vigore una somigliante legge, che imponga, supponiamo la notificazione, o l'atto scritto, con cui il trasferimento sia constatato, o la tradizione effettiva mediante la consegna del documento di credito, non potrebbe ritenersi giuridicamente esistente a riguardo dei terzi la cessione, che sotto le condizioni fissate dalla legge.

La controversia peraltro potrebbe nascere nell'ipotesi di una cessione avvenuta nel domicilio del creditore, ove fosse in vigore una data legge, qualora il credito ceduto fosse esigibile al domicilio del debitore, ove la legge vigente fosse diversa, per quello che concerne l'efficacia del trasferimento della proprietà del credito ceduto. In tale ipotesi, se si ammettesse la teoria di Lord Kames fondata sul concetto *mobilia non habent sequelam*, se ne potrebbe dedurre, che a cagione del dover considerare il credito nel possesso del creditore, il trasferimento fatto dal medesimo in conformità della legge del suo domicilio dovesse essere reputato efficace dovunque.

Per risolvere tale controversia noi manteniamo l'opinione già manifestata, che cioè nel negozio giuridico della cessione conviene distinguere le conseguenze che possono derivarne nei rapporti tra cedente e cessionario, e quelle che riflettono i diritti che in virtù della cessione il cessionario abbia potuto acquistare rispetto a colui, che sia tenuto a pagare il credito ceduto, e ai terzi, che su di esso possono avere diritto. Rispetto alle prime ci sembra, che tutto debba dipendere dalla legge personale del creditore, o da quella alla quale egli si sia volontariamente sottomesso, facendo sotto l'impero della medesima il contratto di cessione, dato che in tale circostanza non si debba presumere di essersi le parti assoggettate alla legge personale del cedente. Questo diciamo nel senso, che per decidere se tra esse parti la cessione debba o no ritenersi perfetta con o senza la consegna del documento; se debba reputarsi a ciò necessario un atto autentico

ad hoc, o una scrittura privata, con la quale l'avvenuto trasferimento sia constatato, o se possa essere a ciò sufficiente l'accordo circa l'oggetto ceduto ed il prezzo, provato mediante testimoni od altrimenti, e quindi se il cessionario col negozio giuridico abbia acquistato il credito, e la facoltà di costringere il cedente a garantirne il pagamento e via dicendo, tutto questo a noi sembra, che debba essere retto dalla legge personale del cedente, quando non si possa stabilire per le circostanze di essersi egli volontariamente assoggettato ad un'altra legge.

Rispetto poi alle conseguenze che possono derivare dalla cessione a riguardo dei diritti acquistati dal cessionario rispetto al debitore, e rispetto ai terzi, che sul credito ceduto possono vantare diritti, riteniamo, che tutto debba dipendere dalla legge del domicilio del debitore, ove il credito ceduto può essere riscosso. Questo diciamo, perchè il creditore mediante la cessione non cede di fatto, che tutte le ragioni, che egli ha contro il suo debitore, e la facoltà di agire contro il medesimo, onde ottenere il pagamento del debito: ed il cessionario non acquista, che il diritto di far valere il titolo a lui ceduto contro il debitore, e di agire giudiziariamente contro il medesimo non come mandatario, ma come un *procurator in rem suam*. Ora siccome egli non potrebbe esercitare tali diritti e tali azioni, che là, ove il credito può essere riscosso, perciò egli non potrebbe essere reputato come investito di un titolo legittimo in qualità di cessionario, e rispetto al debitore e rispetto ai terzi, che sotto le condizioni stabilite dalla legge ivi imperante, affinchè uno, a cui il credito sia stato ceduto, possa essere considerato come proprietario del credito a riguardo del debitore e dei terzi.

Conseguentemente se nel paese ove il credito sia esigibile, la legge imponga come indispensabile la notificazione al debitore, come una forma di pubblicità, e questa sia richiesta per rendere effettiva giuridicamente la cessione rispetto ai terzi o rispetto a questi e al debitore, il cessionario non potrà far valere la cessione, ed essere reputato come proprietario del credito, che quando siano state osservate le disposizioni della legge. Per lo che dovrà ammettersi, che il credito ceduto debba reputarsi ognora nel patrimonio del cedente, fino a tanto che le formalità richieste dalla legge per l'efficace trasferimento

dei crediti rispetto al debitore, e rispetto ai terzi non siano state osservate.

839. Supponiamo a modo di esempio, che un italiano trovandosi in Austria faccia la cessione di un credito esigibile in Italia convenendo sul credito e sul prezzo, e che nasca la controversia, se non avendo egli consegnato il documento, che provi il credito ceduto, il cessionario debba essere reputato come proprietario di diritto del credito ceduto. Accettando l'ordine di idee di Laurent si dovrebbe dire, che siccome lo statuto della cessione è reale, e a norma della legge austriaca per la cessione di un credito occorre pure la tradizione, la quale dev'essere fatta mediante la consegna del documento da parte del proprietario cedente, così la cessione non potrebbe essere considerata perfetta. Ma quale sarebbe in questo caso la ragione d'interesse generale che giustificherebbe l'applicazione della legge austriaca all'atto fatto da un italiano, col quale egli dispose di ciò che ad esso apparteneva in conformità della legge italiana? Se egli avesse ceduto il suo credito in Italia, il cessionario ne avrebbe acquistato la proprietà appena si fosse trovato d'accordo col cedente sul credito e sul prezzo, non essendo richiesto a norma della legge nostra che sia trasferito il possesso del credito mediante la consegna del documento. Ora perchè tale negozio giuridico non dovrebbe essere ritenuto perfetto per la semplice ragione, che quando egli lo fece si trovava a poca distanza del confine nelle provincie austriache? Evvi forse un' offesa alla sovranità territoriale austriaca, se un italiano dispone di un credito esigibile in Italia in conformità della legge italiana? Noi forse c'inganniamo, ma persistiamo nel mantenere la teoria da noi stabilita, la quale prescindendo in questo caso come negli altri dalla distinzione fatta fra statuti reali e personali, esclude l'applicabilità della legge territoriale, perchè non vi è alcuna ragione per ammetterla, non essendo in causa nè gl'interessi della sovranità, nè quelli dei terzi, e ci duole che Laurent, ponendo innanzi il principio della realità dello statuto della cessione, abbia posta la questione sotto un punto di vista, che non possiamo accettare.

Supponiamo invece, che un inglese abbia ceduto in Inghilterra un credito esigibile in Italia, e che non sia stata fatta l'intimazione

della seguita cessione al debitore, nè che questi l'abbia accettata con atto autentico a norma di quanto dispone l'art. 1539 del Codice civile italiano, potrà in questo caso il cessionario invocare il Diritto inglese onde far valere a norma di esso i diritti acquistati contro il debitore? Supponiamo che un terzo creditore del cedente sequestri il debito esigibile in Italia, e che il cessionario, prima dell'effettivo pagamento, notifichi la cessione. Potrà questi pretendere di essere preferito a colui, che operò il sequestro invocando il Diritto inglese per sostenere i diritti a norma di esso da lui acquistati, potrà il debitore fondare una valida eccezione sul Diritto inglese e rifiutare il pagamento al sequestrante, dato che a questo il credito sia stato attribuito, adducendo di avere conosciuto l'avvenuta cessione *pendente lite?*

Ci sembra che le proposte questioni debbano senza alcun dubbio essere risolute negativamente, perchè la legge italiana, la quale richiede l'intimazione al debitore come necessaria alla presa di possesso del credito rispetto ai terzi, deve avere autorità territoriale per la semplice ragione che essa così provvede per motivo di tutelare gl'interessi dei terzi, e per stabilire quella certa forma di pubblicità necessaria a prevenire le frodi. L'autorità di essa a riguardo di ogni credito esigibile in Italia non può essere esclusa, come non lo può essere quella di ogni legge emanata dalla sovranità territoriale affine di tutelare gl'interessi dei terzi.

Conseguentemente se *pendente lite* il cessionario, a cui il credito era stato ceduto dal creditore inglese, faccia l'intimazione, le conseguenze di tale atto dovranno essere valutate a norma di quanto dispone il Codice civile italiano, e, siccome secondo questo il credito ceduto dev'essere reputato nel patrimonio del cedente, fino alla fatta intimazione, perciò il cessionario non potrà invalidare il diritto di colui, che abbia sequestrato il credito prima dell'intimazione. Egli non potrà quindi, che domandare ed ottenere che l'acquisto della proprietà da parte sua sia riconosciuta efficace per quella parte del credito, che non rimanesse colpita dal sequestro, la quale passerebbe nel patrimonio di esso cessionario in conseguenza della notificazione fatta a norma della legge italiana. Così pure si dovrà decidere a norma della legge nostra circa il valore e l'efficacia dell'accettazione da parte de'

debitore, per tutte le conseguenze, che ne potrebbero derivare dal giorno in cui abbia avuto luogo, rispetto ai terzi.

Per le quali cose tutte noi concludiamo, che la legge del luogo ove il credito sia esigibile dovrà regolare l'efficacia dell'avvenuta cessione rispetto al debitore ed ai terzi.

840. Il principio sancito dalla legge italiana che cioè la proprietà si trasmette tra le parti pel solo effetto del contratto non può trovare la sua applicazione nell'ipotesi che si tratti dell'acquisto della proprietà di un immobile. Rispetto a questo, a norma di quanto dispone l'articolo 1942 l'atto, col quale sia stata trasferita la proprietà di un immobile o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, non ha alcun effetto, se non sia stato trascritto in conformità di quanto il legislatore dispone nel titolo relativo alla trascrizione.

Noi troviamo lo stesso principio sancito colle leggi di altri Stati, e così colla legge belga del 16 dicembre 1851, colla legge francese del 23 marzo 1855, colla legge prussiana del 5 maggio 1872, e nella stessa maniera dispone il Codice civile austriaco articoli 321, 431 e seguenti, e tacciamo di altre leggi.

Riesce evidente, come in ogni caso, nel quale la legge territoriale sancisce un sistema qualsiasi di pubblicità pel valido trasferimento della proprietà, il motivo della legge è sempre il salvaguardare i diritti dei terzi, ed essa deve per questo avere autorità esclusiva nel territorio, perchè mira a tutelare il diritto sociale, e così dev'essere della legge che subordini alla trascrizione del titolo l'acquisto della proprietà delle cose immobili.

Non occorre quindi che noi ci dilunghiamo a dimostrare come la legge che regola la trascrizione e tutti gli effetti che da essa derivano, e quelli che possono essere la conseguenza del non avere osservate le disposizioni della legge a tale riguardo, debbano avere autorità esclusiva rispetto agl'immobili esistenti sul territorio, non potendo dubitarsi che la proprietà di essi ed il legittimo possesso dei medesimi a riguardo dei terzi non debbano essere assoggettati alla *lex rei sitae*.

841. Il principio da noi stabilito circa l'autorità territoriale delle leggi che sanciscono un sistema di pubblicità pel valido trasferimento

della proprietà può dar luogo a qualche difficoltà nel caso di trasferimento di proprietà di una nave.

Le leggi provvedono in diverso modo per quello che concerne le formalità speciali richieste per rendere efficace il trasferimento di proprietà delle navi rispetto ai terzi.

Il legislatore italiano ha determinato tali formalità con l'art. 483 del Codice di commercio, il quale dispone: « che ogni alienazione o cessione totale o parziale della proprietà di una nave dev'essere fatta per iscritto, e che quando abbia luogo nel Regno può essere fatta per atto pubblico o per scrittura privata, ma non ha effetto rispetto ai terzi, se l'atto non sia stato trascritto nei registri dell'ufficio marittimo, presso il quale la nave è inscritta. L'alienazione dev'essere annotata sull'atto di nazionalità con l'indicazione se il venditore resti in credito del prezzo in tutto od in parte. Nel concorso di più alienazioni la data dell'annotazione sull'atto di nazionalità determina la preferenza ».

Con tali disposizioni il legislatore italiano ha stabilito un sistema di pubblicità, ch'esso dichiara indispensabile a tutelare i diritti dei terzi, e a rendere noto ai medesimi i mutamenti di proprietà della nave, e siccome a norma di quanto esso dispone il trasferimento di proprietà di una nave non diventa efficace, *erga omnes*, se non quando ne sia stata fatta l'annotazione sull'atto di nazionalità di essa, e la data di questa decide fra due o più acquirenti, quale di essi debba essere preferito, e reputato proprietario, riesce chiaro, come le formalità della pubblicità imposte dal legislatore hanno la stessa portata della trascrizione a riguardo del trasferimento di proprietà degli immobili.

Nelle altre legislazioni si trova pure stabilito un qual si sia sistema di pubblicità, perchè tutte riconoscono la necessità di circondare l'alienazione della proprietà della nave con provvedimenti efficaci a tutelare i diritti dei terzi, che hanno interesse di conoscere a chi la nave appartiene. Tali formalità però non sono uniformi, alcune leggi infatti sanciscono regole conformi a quelle sancite dal legislatore italiano, come fa tra le altre la legge francese (1), altre invece sanciscono

(1) Art. 195 Cod. comm.; lois du 7 vendémiaire, an. II, art. 17, 18.

regole diverse. Così secondo la legge inglese del 1854 (*Shipping merchant acte*), i passaggi di proprietà delle navi devono essere inscritti sotto pena di nullità sul registro di dogana del porto in cui fu inscritta la nave ma non dev'essere fatta alcuna annotazione sull'atto di nazionalità. È lo stesso secondo la legge degli Stati Uniti d'America (1).

Cotesta diversità di diritto positivo può far sorgere naturalmente la difficoltà a riguardo delle formalità, che si devono adempiere per rendere efficace il trasferimento di proprietà di una nave. Avendo noi stabilito in principio, che tanto per le cose immobili, quanto per le cose mobili che si trovino in un luogo determinato, è indispensabile osservare quanto dispone la *lex rei sitae* a riguardo delle formalità di pubblicità richieste pel trasferimento di proprietà di esse, si può supporre a primo aspetto, che lo stesso dovesse essere il principio per trasferire efficacemente la proprietà di una nave. Questa generalmente è considerata come una cosa mobile, ma siccome anche per le cose mobili deve ammettersi l'autorità della *lex rei sitae*, ogni qual volta ch'esse trovandosi in una determinata località, si vogliono trasferire in proprietà ad altri, così qualcuno potrebbe sostenere che l'alienazione di ogni nave, che si trovi nei porti italiani, non possa essere fatta efficacemente, che osservando le formalità di pubblicità sancite dalla legge italiana per l'efficace trasferimento di proprietà delle navi.

842. Questa opinione potrebbe essere fondata sulle massime sancite dalla stessa giurisprudenza. La Corte di Rouen infatti chiamata a decidere circa la proprietà di una nave inglese il (*Colstrup*), se cioè essa si doveva reputare appartenente a colui, che era primiero proprietario, o ad un altro, che da questi aveva acquistato una parte della proprietà, ritenne come decisivo la mancanza di trascrizione della vendita sull'atto di nazionalità onde dedurne, che l'alienazione non poteva essere opposta ai terzi. Essa fondò tale sua decisione sulla considerazione, che il sistema di pubblicità sancito dalla legge francese per tutelare gl'interessi dei terzi si doveva reputare imperativo anche a riguardo dei mobili appartenenti a stranieri, che si trovavano sul territorio francese, perchè essa disse, che i mobili appartenenti

(1) Art. 4192 stat. rev.

ad uno straniero non potevano essere sottratte all'impero delle leggi di polizia emanate dalla sovranità francese, ed obbligatorie per coloro, che nel territorio francese si trovino, e che d'altra parte i Francesi non potevano essere costretti a conoscere le leggi straniere. Così essa dichiarò valido il sequestro operato da un creditore francese del primiero proprietario, ritenendo inefficace rispetto ad esso creditore l'alienazione fatta di una parte della proprietà della nave al terzo, perchè non si trovava trascritta sull'atto di nazionalità, e conseguentemente rigettò l'opposizione fatta da codesto terzo acquirente (1).

La stessa teoria fu stabilita dal tribunale di commercio di Hâvre rispetto ad una nave americana (*Jamestown*). Esso pure ritenne inefficace il trasferimento di proprietà fatto ad un terzo a cagione della mancanza di trascrizione sull'atto di nazionalità, richiesta secondo la legge francese (2).

843. Noi avevamo già sostenuto che la teoria stabilita dai tribunali francesi a riguardo dell'efficace trasferimento della proprietà delle navi dev'essere considerata in opposizione coi principii generali del diritto (3). « Se i diritti legittimamente acquistati (così c'eravamo espressi) secondo la legge del paese cui la nave appartiene, potessero essere invalidati applicando per giudicare intorno ad essi le leggi dei paesi stranieri, in cui per avventura la nave può trovarsi, il credito marittimo sarebbe profondamente attaccato. » Ora dobbiamo confermare questo, che avevamo già detto, e dobbiamo contradire la teoria stabilita dai tribunali francesi colle citate sentenze, perchè ammettendola si verrebbe a stabilire, che, affinchè uno potesse efficacemente acquistare la proprietà di una nave *erga omnes*, occorrerebbe, che esso si uniformasse alle leggi di tutte le parti del mondo, ove per avventura i diritti da esso acquistati potrebbero essere posti in discussione. Teoria che è un vero controsenso giuridico.

---

(1) Rouen 31 juillet 1876, *Journal du Palais*, 1877, 577, e la Nota di Lyon-Caen, ivi.

(2) Tribunal du Hâvre, 14 août 1877.

(3) Vedi la 2ª ediz. della presente opera (anno 1874, Firenze, Le Monnier), appendice, pag. 582 e la traduzione francese fatta da Pradier-Fodéré (Paris 1875), pag. 670.

Il sistema di pubblicità stabilito dalla legge francese, così come quello stabilito dalla legge italiana, dev'essere indubitabilmente osservato ogni qualvolta che si voglia trasferire efficacemente la proprietà di una nave francese o di una nave italiana. La legge francese non solo protegge tutte le navi, che formano parte della marina francese, ma deve regolare altresì la condizione giuridica delle medesime, ovunque esse si trovino, e tutelare inoltre gl'interessi dei terzi. Dal che consegue, che le formalità di pubblicità, sancite dal legislatore francese per l'efficace trasmissione della proprietà delle navi francesi, devono essere dovunque osservate. Ma a qual titolo poteva ammettersi che il proprietario di una nave inglese dovesse uniformarsi alla legge francese per trasmettere ad altri la proprietà della sua nave? A qual titolo poteva sostenersi l'autorità della legge francese rispetto a lui? Sopratutto poi nella specie giudicata dalla Corte di Rouen, la quale era chiamata a decidere di un'alienazione fatta in Inghilterra, e quindi di una nave, la proprietà della quale era stata validamente trasferita, prima che essa fosse entrata nelle acque territoriali francesi?

Il creditore francese aveva certamente il diritto di domandare la prova del trasferimento, e qualora la legge inglese non avesse convenientemente provveduto a tutelare gli interessi dei terzi, con un sistema qual si sia di pubblicità, avrebbe potuto sostenersi che un trasferimento di proprietà occulto non dovesse ritenersi efficace a riguardo dei terzi. La legge inglese ha invece provveduto alla pubblicità, in modo diverso da quello che provvede la legge francese, ma sufficiente non pertanto a tutelare gl'interessi dei terzi, ed a mettere in grado i medesimi di conoscere i passaggi di proprietà. Sull'atto di nazionalità delle navi inglesi si trova infatti l'annotazione, che tale atto non costituisce titolo per constatare le modificazioni di proprietà delle navi. Ora come potrebbe giustificarsi la pretesa che l'alienazione non dovesse essere efficace rispetto ai terzi per la mancata trascrizione sull'atto di nazionalità richiesta a seconda della legge francese?

Le navi sono generalmente considerate come cose mobili, ma esse per la loro natura costituiscono una categoria di cose del tutto speciali. Esse conservano infatti dovunque la propria e determinata nazionalità, hanno una sede legale stabile, che è quella dell'ufficio

marittimo presso cui ciascuno nave dev'essere inscritta, sono suscettibili d'ipoteca, e non sono di per loro medesimi oggetti di commercio, ma strumenti di commercio. Tutto questo vale a stabilire come non si possono applicare alle navi le stesse regole che si applicano agli immobili od alle cose mobili, che si trovano in una data località. Esse quando pure vi si trovano, si trovano temporaneamente essendo destinate a navigare. La sede fissa delle medesime è l'ufficio marittimo presso cui sono inscritte. Ora ci sembra che la condizione giuridica dev'essere determinata dalla legge stessa che ad esse attribuisce il carattere nazionale.

Dalle quali cose tutte deve dedursi, che rispetto a ciascuna nave deve ammettersi l'autorità della legge dello Stato, che la copre con la sua bandiera per tutte le questioni relative alla di lei condizione giuridica, e per quelle che concernono la proprietà, l'alienazione e le formalità richieste per la validità e l'efficacia del trasferimento di proprietà tra le parti e rispetto ai terzi. Bisognerà quindi decidere in conformità della legge nazionale della nave, se essa possa essere venduta e sotto quali condizioni, e quali siano le formalità necessarie affinchè l'alienazione o la cessione possa avere effetto tra le parti e rispetto ai terzi, anche quando la vendita abbia luogo in paese estero, e che ivi si trovi la nave al momento in cui ne è fatta l'alienazione. Non potrebbe essere il caso di applicare in tale ipotesi la regola *locus regit actum*, onde assoggettare la nave alle leggi ivi imperanti. Cotesta regola può trovare la sua applicazione, quando avvenga la vendita di una nave straniera, ma solo per quello che concerne il modo di eseguire il pagamento del prezzo: il modo di fare la consegna della nave (qualora essa fosse richiesta per l'efficacia del trasferimento): al modo di effettuare la presa di possesso della medesima, e via dicendo.

Male a proposito quindi i tribunali della Luigiana, nel giudicare per riguardo ai diritti acquisiti da un tale, che aveva comprato a Boston una nave appartenente per nazionalità al Massachusetts, ed il quale avea conclusa una vendita perfetta secondo le leggi di questo Stato, applicarono le proprie leggi per decidere se la vendita poteva dirsi perfetta, e se i diritti del nuovo proprietario dovevano essere riconosciuti in concorrenza con quelli di un cittadino della Luigiana, che aveva

sequestrato in questo paese la nave contro il primo proprietario. Essi dissero che siccome la legge della Luigiana non considerava perfetta la vendita, se non quando fosse stata eseguita la materiale consegna della nave, ne seguiva che, non poteva considerarsi perfetta la vendita fatta a Boston a cagione della mancata consegna della nave, non ostante che secondo la legge di Massachusetts la consegna non fosse indispensabile. Tutto l'argomento della loro decisione si riassume in questo, che, quando le leggi di due Stati siano diverse, e sia in conflitto gli interessi dei cittadini, la legge del luogo, ove si fa il giudizio, deve prevalere, perchè il principio di cortesia internazionale, in virtù del quale si riconosce l'autorità delle leggi straniere, deve ammettersi colla riserva che lo Stato e i suoi cittadini non ne soffrano alcun pregiudizio (1).

Noi concludiamo quindi, che non si possano applicare alle navi straniere, le quali si trovino in un porto dello Stato, le leggi promulgate dal Sovrano territoriale, nè per decidere circa i diritti acquisiti dai terzi sulla nave prima ch'essa fosse entrata nelle acque territoriali, nè per decidere circa la validità della vendita e circa le formalità necessarie per l'efficacia di questa tra le parti e rispetto ai terzi, ma che tutto invece dev'essere retto dalla legge dello Stato, a cui appartiene la nave in conseguenza dell'essere stata inscritta e registrata in uno dei dipartimenti marittimi di esso Stato dopo la sua costruzione.

844. Ora dobbiamo discorrere delle azioni che nascono dal diritto di proprietà sotto il punto di vista che deve governarle. Tra di esse la principale è l'azione di rivendicazione, la quale consiste nel diritto spettante al proprietario di costringere qualsiasi possessore o detentore della cosa, che a lui appartiene, a restituirla con tutti i suoi accessori, salve le eccezioni stabilite dalle leggi. Cotesta azione può avere per oggetto le cose immobili, e le cose mobili, però rispetto alle seconde non tutte le leggi l'ammettono, che in determinati casi eccezionali.

Per esercitare l'azione di rivendicazione di un immobile è necessario innanzi tutto che l'attore provi il suo diritto di proprietà, e per

---

(1) Vedi CLUNET, *Journal du droit international privé — Revue de la jurisprudence de la Louisiane*, 1876, pag. 129.

conseguenza quello di colui, da cui la proprietà fu ad esso trasmessa, e siccome codesto diritto può essere fondato su ciascuno dei titoli, dai quali la proprietà può derivare, perciò converrà attenersi alla legge, sulla quale il diritto può essere fondato, per decidere a riguardo della esistenza e della prova del medesimo. Il diritto del proprietario si deve considerare sussistente, fino a tanto che un terzo non abbia acquistato sulla cosa un diritto reale, mediante uno dei modi d'acquisto contemplati dalla *lex rei sitae*. Questo può avvenire o nell'ipotesi in cui debba ritenersi effettuata la prescrizione acquisitiva, o quando il terzo possessore, contro del quale il proprietario eserciti l'azione nascente dal diritto di proprietà, abbia in virtù del possesso acquistato i diritti, che da questo derivano, e la conseguente facoltà di esercitare le azioni possessorie; o quando per le circostanze contemplate dalla *lex rei sitae* a lui competa il diritto di ritenzione. Ora siccome codesti diritti spettanti a colui, contro del quale il proprietario promuove l'azione di rivendicazione, devono essere governati dalla *lex rei sitae*, a norma dei principii innanzi esposti, perciò noi avevamo sostenuto sotto tale rispetto che la *rei vindicatio* dev'essere governata dalla *lex rei sitae* (1).

L'azione di rivendicazione essendo reale, e non personale deve naturalmente essere proposta contro l'attuale possessore o detentore della cosa, e siccome l'attore non può pretendere che il convenuto sia tenuto a consegnargliela, se non dimostri ch'egli è proprietario della cosa, che rivendica, è naturale che la dimostrazione del suo diritto di proprietà debba essere fatta secondo la legge, sulla quale il diritto è fondato, e questa potrà essere diversa a seconda che la proprietà derivi da contratto, da successione, da donazione, od altrimenti. Siccome poi il possessore o detentore può contrapporre, che il diritto di proprietà sia passato in lui in virtù della prescrizione, o che a lui competa il diritto di essere mantenuto nel possesso, ed in tal caso incombe a lui l'onere di provare l'addotto passaggio di proprietà, o dei diritti che possono derivare dal possesso, e tale prova dev'essere

(1) Vedi la 1ª ediz. della presente Opera, § 201, pag. 282; e l'osservazione fatta da LAURENT, *Droit civil international*, tom. VII, § 288.

fondata sulla *lex rei sitae*, perciò riconfermiamo la nostra teoria con le stesse parole come furono scritte, che cioè: « *l'azione reale*, in virtù della quale il proprietario rivendica la cosa propria con ogni suo accessorio da qualunque possessore, o detentore, dev'essere regolata dalla *lex rei sitae* ».

845. Lo stesso principio deve valere per l'*actio in rem publiciana*, quando essa possa essere fondata sulla legge. Tale azione era concessa secondo il diritto romano a colui, il quale, quantunque non fosse divenuto proprietario della cosa in forza dell'usucapione, si trovava nondimeno in grado di divenirlo, e che, aveva perduto il possesso prima di effettuare l'usucapione in corso. Quella legge concedeva al medesimo il diritto di rivendicare dal terzo detentore la cosa senza essere tenuto a dare la prova della proprietà. È evidente che cotesta azione, quando possa essere fondata sulla legge, debba essere governata dalla *lex rei sitae*, perchè in sostanza essa non deriverebbe dal diritto di proprietà, ma dal fatto del possesso valevole per l'usucapione, ed abbiamo già dimostrato come le azioni che derivano dal possesso debbano essere rette dalla *lex rei sitae*.

846. Anche l'azione negatoria dev'essere assoggettata alla stessa regola, essa infatti mira a far riconoscere il diritto illimitato ed assoluto spettante al proprietario di godere e di usare la cosa propria in maniera da escludere il diritto di un altro che pretenda di assoggettarla a qualche servitù. Come diremo in seguito, bisognerà decidere secondo la *lex rei sitae*, in quale maniera le servitù possano essere acquistate, e se debba o no ammettersi rispetto ad esse l'esercizio dell'azione possessoria per la manutenzione, quando la costituzione delle medesime non risulti da titolo (1). Ora è naturale, che, siccome l'azione negatoria tende a far riconoscere, che l'immobile è libero da ogni servitù, così dev'essere governata dalla *lex rei sitae*.

---

(1) Secondo la giurisprudenza italiana rispetto alle servitù non apparenti ed alle discontinue, non può essere ammessa l'azione possessoria di manutenzione. Vedi Cassazione di Firenze, 6 marzo 1876 (*Annali*, X, I, 81); Cassaz. Napoli, 25 aprile 1868 (*ibid.*, II, I, 349); Cassaz. Torino, 18 maggio 1860 (*ibid.*, IV, I, 135); 18 marzo 1881 (*Racc.*, XXXIII, I, 1, 135); 1° giugno 1882 (*ibid.*, XXXIV, I, 1, 512); e 31 dicembre 1883, *ivi*, XXXVI.

847. La rivendicazione delle cose mobili può dar luogo a qualche difficoltà a cagione del mutamento del luogo, ove la cosa può trovarsi, e della differenza esistente fra le leggi dei diversi Stati a riguardo del diritto, che può spettare al proprietario di rivendicare la cosa sua dalle mani del terzo possessore, e della facoltà che può essere attribuita a questi di far valere il possesso come titolo, in virtù del principio sancito dalla legge territoriale, che per le cose mobili il possesso vale titolo.

Noi abbiamo già esaminato tale controversia discorrendo del diritto di ritenzione a riguardo dei mobili, e ci riferiamo a quanto abbiamo già detto (1) per determinare la legge che deve governare il diritto di colui, che possegga la cosa mobile, in confronto di uno che la reclami come proprietario.

848. A complemento di quanto ivi abbiamo detto, reputiamo opportuno di notare, che quantunque in massima le cose mobili, che si trovano in un luogo determinato, debbano essere sommesse alla legge ivi vigente per quello che concerne le azioni, che a riguardo di esse possono essere esercitate, e che conseguentemente debba essere a tale legge subordinato il diritto di rivendicazione spettante al proprietario, pur non ostante vi possono essere casi, nei quali il diritto di rivendicazione spettante al proprietario può essere esercitato in conformità della legge, in virtù della quale fu acquistato, rispetto alla cosa mobile, che sia stata trasportata sotto l'impero di legge diversa.

Per chiarire il nostro concetto esaminiamo il caso della vendita di cose mobili fatta da un italiano in Italia senza dilazione pel pagamento del prezzo pattuito. A norma della legge italiana, art. 1513, è disposto nel seguente modo: « se la vendita fu fatta senza dilazione al pagamento, il venditore può in mancanza di pagamento rivendicare le cose mobili vendute sin che queste si trovino in possesso del compratore, od impedirne la rivendita, purchè la domanda per rivendicarle venga proposta entro i quindici giorni dal rilascio, e le cose si trovino in quello stato medesimo in cui erano al tempo della consegna ».

---

(1) Vedi innanzi § 781 e seg.

Il Codice francese contiene una disposizione uniforme all'articolo 2102, n° 4, però fissa il termine per la rivendicazione ad otto giorni dal rilascio.

Supponiamo ora che le cose mobili nelle circostanze su mentovate siano state trasportate in Francia. Potrà in tal caso il compratore nelle circostanze contemplate dal citato art. 1513 rivendicarle entro i quindici giorni? Sarà una valida eccezione, che trovandosi le cose in Francia al momento in cui l'azione è promossa, l'istanza non possa esser fatta che entro gli otto giorni a norma del Codice francese?

A noi sembra, che in conformità dei principii esposti a proposito del diritto di ritenzione si debba ammettere, che il venditore possa esercitare il diritto di rivendicazione nel termine di quindici giorni fissato dalla legge italiana, e che non debba essere d'ostacolo la circostanza del trovarsi le cose in Francia, e dell'essere fissato ad otto giorni il termine utile per promuovere l'istanza a norma della legge ivi vigente.

Per escludere la nostra opinione si potrebbe addurre, che a norma della legge francese il diritto di rivendicare le cose mobili nel caso in parola è considerato come un privilegio: esso infatti si trova annoverato tra i privilegi sui mobili, e che siccome devono avere autorità territoriale tutte le leggi, che attribuiscono privilegi sulle cose esistenti sul territorio, tale dev'essere l'autorità della legge francese, che attribuisce un privilegio al venditore non soddisfatto del prezzo.

Noi non intendiamo certamente impugnare il principio circa l'autorità territoriale delle leggi, che attribuiscono privilegi, nè reputiamo opportuno di entrare in questo luogo nelle lunghe e minuziose dispute fatte a proposito dell'art. 2102 del Codice francese, se cioè esso stabilisca un vero e proprio privilegio, o se conceda invece al venditore delle cose mobili il diritto di riprendere il possesso materiale delle cose consegnate onde essere così garantito del pagamento del prezzo (1), perchè la controversia, come l'abbiamo proposta, non

---

(1) Vedi sulla questione MOURLON, *Examen critique*, n[i] 126-135. Vedi pure VALETTE, tom. XVI, n[i] 204 e 380, tom. XIX, n° 120; PONT, *Privilèges et hypothèques*, n° 135; e gli autori da loro citati *pro* e *contra*.

consiste nel decidere, se un italiano possa trarre vantaggio dalla legge francese, che concede un privilegio, domandandone l'applicazione a riguardo di un negozio giuridico fatto in Francia. Si tratta invece di esaminare, se al negozio giuridico fatto in Italia sotto l'impero della legge italiana a riguardo di mobili appartenenti ad un italiano, e che siano stati trasportati in Francia, i diritti attribuiti dalla legge italiana al proprietario delle cose mobili, e da esso acquistati, e non esercitati prima che le cose siano state trasportate in Francia, debbano essere o no rispettati. Posta così la questione a noi non sembra dubbiosa la soluzione. Si tratta infatti di rispettare la legge del contratto. Il diritto di rivendica, concesso dalla legge italiana nel caso in parola, non è un privilegio, ed è perciò che esso si trova nel titolo della vendita tra le disposizioni che riguardano le obbligazioni del compratore. Questo chiarisce meglio il concetto della disposizione, la quale non importa la risoluzione della vendita, se non sia stata pattuita come effetto del mancato pagamento, ma concede al venditore il diritto di riprendere il possesso materiale delle cose vendute e consegnate per tenerlo a garanzia del pagamento del prezzo, e d'impedire che le cose siano rivendute a terze persone prima di essere pagate. Ora se il compratore, secondo la sua legge personale e secondo quella sotto della quale fu compiuto il negozio giuridico, poteva rivendicare le cose entro i quindici giorni dalla consegna come cotesto suo diritto, nato ed acquistato sotto l'impero della legge italiana potrebbe essere ridotto al nulla per la circostanza, che le cose fossero state trasportate in Francia? Come si potrebbe giustificare l'applicazione della legge francese? Se il negozio giuridico fosse avvenuto invece in Francia e l'italiano ivi avesse venduto le sue cose mobili senza dilazione pel pagamento del prezzo non gli potrebbe essere concesso d'invocare la legge italiana per fondare su di essa il suo diritto di proporre la domanda di rivendicare le sue cose entro i quindici giorni. La circostanza dall'essere stato il negozio giuridico compiuto in Francia renderebbe indubbiamente applicabile ad esso la legge francese, e l'istanza non potrebbe essere utilmente proposta, che entro gli otto giorni a norma di essa.

849. Bisognerà parimente ammettere, che, se sulle cose mobili

trasportate in Francia uno avesse acquistato qual si fosse diritto in virtù della legge francese, questo escluderebbe l'applicazione della legge italiana, come abbiamo detto. Tale sarebbe ad esempio il caso del compratore, che nelle circostanze da noi immaginate avesse spedito le cose mobili a sè medesimo in Francia, e che non avesse pagato il prezzo del trasporto al vetturale, nella quale ipotesi i diritti attribuiti al medesimo secondo la legge francese, di ritenere le cose fino a che fosse stato soddisfatto d'ogni suo credito pel prezzo del trasporto e per le spese, dal proprietario, che volesse rivendicarle, dovrebbero essere governati da quella legge.

Questa del resto è la giusta conseguenza della teoria da noi sostenuta, che i diritti sulle cose mobili acquistati dai terzi a norma della legge del luogo, ove esse veramente ed effettivamente si trovino, devono essere retti da tale legge, e che la legge personale del proprietario, o quella alla quale egli si sia assoggettato in virtù del contratto, o del fatto giuridico, non può avere alcuna autorità per regolare i diritti ad esso spettanti in concorrenza di quelli acquistati dai terzi secondo la *lex rei sitae* (1).

---

(1) Vedi, per quello che concerne la teoria prevalente in America a riguardo della legge applicabile alle cose mobili, WHARTON, *Conflict of Laws*, § 334 e seg.

CAPITOLO V.

Delle servitù.

850. Il diritto di proprietà delle cose mobili è quello, siccome abbiamo già detto, in virtù del quale la cosa è sottomessa in un modo assoluto all'arbitrio di colui, cui essa appartiene, dentro i limiti però giuridici stabiliti dalla legge. In virtù di cotesto diritto, al proprietario dev'essere attribuita in principio la piena facoltà di godere di tutte le utilità, che la cosa può produrre, e quella altresì di escludere chiunque dall'uso e dal godimento della cosa stessa. Tali diritti sono tutti compresi in quello di dominio, ma possono non pertanto esistere separatamente da esso, ed essere attribuiti ad un'altra persona, la quale per diverso titolo può avere il diritto di godere in tutto od in parte della cosa appartenente ad altri. Così può accadere che uno abbia un diritto reale sulla cosa altrui, *jus in re aliena*. Uno di tali diritti è la servitù.

851. Noi abbiamo detto, che il diritto reale appartiene alla persona, perchè in verità il diritto, in quanto è attributo e facoltà, non si può altrimenti concepire che nel soggetto, che abbia la capacità giuridica.

Esso non può quindi essere attribuito alla cosa, la quale non può sotto nessun rispetto essere considerata come capace di diritti. Una distinzione sostanziale deve non pertanto ammettersi a riguardo del titolo, sul quale il diritto reale spettante alla persona deve ritenersi fondato, e limitandoci per ora a discorrere della servitù, e ritenendo come certo e fermo ch'essa non possa consistere in altro che nel diritto su di una cosa materiale appartenente ad un altro, la distinzione sostanziale a riguardo del titolo, su cui può essere fondata, sta in questo, che cioè o può essere stabilita a vantaggio individuale di una determinata persona, e conseguentemente non può spettare che ad essa, ovvero può essere stabilita pel vantaggio e per l'utilità di un fondo, nel qual caso essa deve spettare a chiunque ne abbia il possesso. Sì nell'uno che nell'altro caso il diritto non può altrimenti essere considerato che avuto riguardo alla persona, alla quale dev'essere attribuito, esso però ha sempre per oggetto la cosa, perchè è questa, che è gravata dalla servitù.

852. Le servitù si dividono poi in due categorie sostanzialmente distinte, in servitù personali cioè, e in servitù prediali o fondiarie. La prima comprende quelle in virtù delle quali una determinata persona può godere certe utilità sulla cosa altrui pel proprio vantaggio individuale, e queste si dicono personali solo perchè il godimento del diritto è inerente alla persona, cui esso appartiene, e non passa ai suoi successori, ma si estingue con essa. L'altra comprende quelle, che essendo stabilite su di un fondo per vantaggio ed utilità di un altro fondo, attribuiscono ad ogni possessore di codesto fondo, in considerazione della sua qualità come tale, il diritto di trarre profitto dai vantaggi e dalle utilità stabilite rispetto al fondo ch'esso possiede.

Accettando il nostro ordine d'idee non si può escludere il concetto di servitù personali nel sistema del diritto moderno, adducendo l'esagerato timore di ripristinare (solo perchè si adoperi la stessa denominazione) il concetto del diritto feudale, imperocchè ritenendo come certo e fermo, che il carattere sostanziale della servitù nel diritto moderno non possa essere altro, che quello di un diritto reale sulla cosa materiale altrui, e che la persona non possa mai essere di per sè stessa oggetto di un diritto, non si può mai concepire, che la denominazione servitù personale possa denotare un diritto verso una

persona, come nei tempi feudali. D'altra parte poi, considerando che la servitù non perde i suoi caratteri sostanziali (in quanto essa è un *jus in re aliena*) quando essa trovasi stabilita pel vantaggio individuale di una persona determinata, deve sembrare più consentaneo ai principii razionali ed alla natura delle cose e dei rapporti giuridici il mantenere la denominazione di servitù anche a quelle, che abbiamo detto poter essere comprese sotto la categoria di *servitù personali.*

853. Limitandoci a discorrere del diritto di servitù sotto il punto di vista soltanto della legge, che deve avere autorità rispetto ad esso, ed incominciando dalle servitù personali, osserviamo, che siccome esse consistono in un diritto reale costituito sulla cosa altrui, e siccome deve ammettersi in principio che la *lex rei sitae* debba avere autorità esclusiva quanto al determinare la condizione giuridica delle cose immobili ed i diritti che possono frazionare quello di proprietà e di dominio, così deve ritenersi in principio, che a seconda di essa debba essere deciso quali possano essere le servitù personali, di cui possono essere gravati gl'immobili esistenti in ciascun paese. Conseguentemente gl'immobili esistenti in Italia non possono essere gravati da altre servitù tranne che da quelle ammesse dal Codice civile vigente, le quali sono l'usufrutto, l'uso e l'abitazione, e lo stesso deve dirsi per gl'immobili esistenti in Francia (1). Laonde s'invocherebbe invano una legge straniera ad effetto di ripristinare sugli stabili esistenti nell'uno o nell'altro paese certe servitù, che fossero ammesse secondo la detta legge, e che non siano più permesse secondo il diritto nostro o quello francese. Spetta infatti alla sovranità territoriale di determinare quali siano i diritti frazionari di quello di proprietà, che possono concepirsi

---

(1) Secondo il diritto feudale, il quale ammetteva l'alienazione parziale della libertà dell'uno in favore di un altro, erano considerate come servitù personali quelle, che importavano l'alienazione completa o parziale della libertà. Il diritto moderno ha invece escluso completamente che la persona possa essere oggetto di un diritto, per lo che, non si può più ammettere, di fronte ad esso, che la servitù possa avere per oggetto una limitazione della libertà personale del proprietario. Il legislatore italiano a fine di escludere qualunque idea, che potesse far rinascere il concetto del diritto feudale, denotò le servitù personali, ch'esso ammette, col nome generico di *modificazioni della proprietà.*

giuridicamente distaccati dal dominio, e che, potendo avere come tali un'esistenza civile distinta, possono essere esercitati da uno, che non sia il proprietario. Intorno a ciò non può sorgere dubbio di sorta. Bisognerà quindi ritenere come regola certa e sicura, che non si possano riconoscere altre servitù personali sui beni immobili o mobili esistenti nel territorio di uno Stato, qualunque potesse essere il titolo da cui esse si volessero derivare, tranne quelle ammesse dalla legge territoriale.

Non si può invece parimente concedere che, a cagione dell'essere la servitù un diritto reale sulla cosa immobile, debba essere retta sotto ogni rispetto dalla *lex rei sitae*. Savigny pone questo come regola generale, e stabilisce che le servitù, che gravano gl'immobili, siano esse personali che reali, debbano essere governate dalla legge del paese, ove gl'immobili si trovano, ma noi non possiamo accettare tale massima, e reputiamo bensì necessario fare delle distinzioni onde determinare più esattamente e sicuramente la legge, da cui devono essere rette le servitù personali: non si può infatti sostenere, che tutto debba dipendere dalla legge territoriale, per la sola considerazione che si tratti di diritti reali sugl'immobili, essendochè vi possano essere casi, nei quali la legge personale, in quello che attribuisce diritto sulle cose esistenti sotto il dominio di sovranità straniera, può avere autorità a governare i diritti stessi, semprechè non ne derivi da ciò alcuna lesione agl'interessi della sovranità territoriale, ed ai diritti dei terzi da essa garantiti.

Non si può d'altra parte immaginare, che le servitù personali, a cagione dell'essere stabilite a vantaggio della persona, debbano dipendere in ogni caso dalla legge personale, imperocchè, siccome esse attribuiscono sempre un diritto reale ed un'azione reale, così non si può escludere, che esse debbano essere assoggettate alla *lex rei sitae*, la quale, dovendo regolare i diritti sulle cose, a chiunque esse appartengano, ogni qualvolta che l'esercizio di questi possa interessare l'organamento della proprietà ed il diritto sociale, così deve ammettersi a riguardo di ciò l'autorità di essa. È mestieri quindi investigare e determinare, a riguardo delle servitù personali, quando debba ammettersi l'autorità della legge personale, e quando quella della legge

territoriale, così come abbiamo fatto rispetto ad ogni altro diritto appartenente alle persone sulle cose.

854. Per quello che concerne l'usufrutto osserviamo, che esso consiste nel diritto di godere delle cose di cui altri ha la proprietà, nel modo nel quale ne godrebbe il proprietario, coll'obbligo però di conservarne la sostanza tanto nella materia quanto nella forma. Ora, siccome l'usufrutto può essere stabilito in virtù della legge e della volontà dell'uomo, ed il titolo, da cui esso derivi, deve in massima determinare le facoltà, che all'usufruttuario spettano, e le limitazioni che il proprietario deve subire, così, qualora accada che l'usufrutto sia stabilito da una legge straniera, deve ammettersi l'autorità di essa, tutto che dissimile dalla legge territoriale, per determinare secondo essa le persone, alle quali l'usufrutto competa, ed i casi, nei quali tale diritto alla persona debba essere attribuito.

855. Applicando questo principio se ne deve dedurre, che l'usufrutto attribuito per legge al genitore dev'essere riconosciuto per valido ed efficace in conformità della legge personale regolatrice dei rapporti di famiglia, e che il godimento di tale diritto dev'essere ammesso anche a riguardo dei beni esistenti in un paese, ove secondo la legge non sia attribuito alcun diritto di usufrutto legale al genitore, e che conseguentemente non possa essere negato l'usufrutto alla madre, nei casi nei quali ad essa spetti secondo la legge personale, anche quando i beni si trovassero in un paese, la di cui legge non attribuisse alla madre la patria podestà, e quindi negasse ad essa ogni diritto di usufrutto. Noi abbiamo già esaminata questa controversia, ed abbiamo dimostrato come l'usufrutto legale spettante al genitore debba essere retto dalla legge personale, e non già dalla *lex rei sitae* (1). Ora riconfermando quanto è stato già detto innanzi dobbiamo ripetere, che dall'essere l'usufrutto una servitù, e dall'attribuire esso come tale un diritto reale sulla cosa immobile esistente in uno Stato non se ne può dedurre, che esso debba essere governato dalla legge territoriale, imperocchè a cagion dell'essere il diritto di usufrutto legale una conseguenza dei rapporti di famiglia, e del doversi ammettere l'autorità

(1) Vedi innanzi §§ 617 e seg.

della legge regolatrice di questi, dovunque il godimento dei diritti, che ne derivano, venga a verificarsi (ogni qualvolta che non derivi alcuna offesa al diritto pubblico ed al diritto sociale), da ciò ne consegue, che il titolo, sul quale può essere fondato l'usufrutto, può essere benissimo la legge straniera, e che non si può quindi escludere l'autorità di questa.

Secondo il diritto inglese (si voglia pur dire più logico e più morale) il padre è assimilato ad un tutore, e come tale non ha diritto sui beni appartenenti al figlio e da esso acquistati in qualsivoglia modo legittimo in proprietà, ma deve invece amministrarli coll'obbligo di renderne conto quando il figlio diventi maggiore. Cotesta legge deve senza dubbio regolare i rapporti di una famiglia inglese, ma non dovrebbe avere autorità, per negare in virtù di essa, l'usufrutto sui beni esistenti in Inghilterra ed appartenenti al figlio di un padre italiano, che secondo la legge, a cui deve rimanere soggetta la famiglia italiana, ha il diritto di usufrutto dei beni che provengono al figlio a qualunque titolo, colla facoltà di godere di tale diritto, fino a che il figlio non sia emancipato o non abbia raggiunto l'età maggiore (1).

Tenendo fermo lo stesso principio si deve pure ammettere, che se a norma della legge straniera fosse attribuito al magistrato, per far cessare il condominio di una cosa, di aggiudicare ad uno dei domini la proprietà ed all'altro l'usufrutto, come dispone il diritto conromano, ed il magistrato straniero competente, in base ad un'azione per divisione della cosa comune promossa dagli interessati soggetti all'autorità di tale legge, avesse aggiudicato ad uno la nuda proprietà ed all'altro l'usufrutto, non potrebb'essere una buona ragione (supposto che la cosa si trovasse in Italia) per disconoscere l'efficacia della sentenza straniera, come titolo costitutivo dell'usufrutto, l'addurre, che secondo la legge italiana non è ammessa l'aggiudicazione fra i modi di acquistarlo. Il nostro legislatore dispone infatti che l'usufrutto possa essere stabilito dalla legge e dalla volontà dell'uomo; ora, se giusta

(1) Art. 228 Cod. civ. it. È conforme all'art. 384 del Cod. civ. francese; questo però non attribuisce l'usufrutto al genitore, che fino a che il figlio non abbia compiuto gli anni 18.

la legge estera, a cui siano soggetti i condomini, fosse concesso al magistrato nei giudizi divisorii di aggiudicare all'uno l'usufrutto all'altro la proprietà, come si potrebbe sostenere, che la sentenza dovesse essere inefficace? Tutto dovrebbe dipendere dall'autorità della legge sulle persone interessate, e questo non potrebbe certamente mettersi in dubbio se i condomini fossero cittadini dello Stato estero, e soggetti come tali alla legge straniera, e occorrerebbe soltanto che la sentenza fosse riconosciuta in piena regola, e che ad essa fosse data esecuzione colle forme procedurali stabilite dalla legge territoriale per le sentenze di tribunali stranieri. La cosa andrebbe diversamente se uno dei condomini fosse italiano, essendochè, qualora non si potesse ritenere come prestabilito che il diritto dei condomini a rimanere in comunione o a domandare giudiziariamente lo scioglimento di essa dovesse essere regolato dalla legge estera, non si potrebbe giustificare la competenza del giudice straniero, e l'efficacia della sentenza da esso pronunziata.

Per le stesse ragioni deve pure ammettersi, che l'usufrutto del terzo dei beni in favore del padre o della madre, che succede al figlio in concorso con collaterali, i quali non siano fratelli o sorelle o loro discendenti, a norma del Codice francese (1) debba essere riconosciuto efficace ad attribuire il godimento di tale diritto, anche sui beni esistenti fuori del territorio francese. Lo stesso si dovrà dire dell'usufrutto in favore del coniuge superstite sulla eredità dell'altro coniuge, ad esso attribuito secondo la legge italiana, sì nel caso di successione legittima (2) che in quello di successione testamentaria (3). Siccome in questi casi la legge francese o la legge italiana dovrebbe avere autorità nel determinare i diritti spettanti a tali persone, essa dovrebbe essere naturalmente reputata come titolo efficace a costituire l'usufrutto, non ostante che fosse dissimile la legge vigente dove la cosa fosse situata.

Noi dobbiamo quindi concludere che l'usufrutto può essere validamente stabilito in virtù di una legge straniera, ogniqualvolta

(1) Art. 754.
(2) Art. 753.
(3) Art. 812.

che deve ammettersi, in base ai generali principii, l'autorità di essa in quello che attribuisce tale diritto.

856. Ed ora passiamo ad esaminare, quale debba essere la legge, secondo la quale devono essere determinati i diritti e gli obblighi dell'usufruttuario, e la estensione e cessazione dei medesimi.

Sotto questo rispetto bisognerà tener presente la regola generale, che cioè i diritti derivanti da una legge straniera sugl'immobili esistenti in uno Stato devono essere da essa governati per quanto possa concernere la sostanza e la estensione, ma che non possono essere esercitati, ogni qualvolta che il godimento o l'esercizio di tali diritti reali importi offesa alla sovranità territoriale, od al diritto sociale tutelato dalla *lex rei sitae*. Conseguentemente si deve ammettere, che quando il titolo costitutivo dell'usufrutto sia la legge estera, questa debba pure in massima determinare tutti i diritti che ne derivano, nel campo però dei rapporti privati tra il proprietario e l'usufruttario. La quale massima deve più sicuramente essere applicata, ogni qualvolta che il proprietario e l'usufruttuario siano sommessi all'autorità della stessa legge.

Applicando questo principio se ne deve dedurre, che l'usufrutto legale costituito in base alla legge francese a favore del padre sui beni del figlio esistenti in Italia dovrà essere goduto, fino a tanto che il figlio abbia compiuto gli anni 18, a norma dell'art. 384 del Codice civile francese, e non già fino agli anni 21 secondo dispone la legge nostra. Così pure, se si trattasse di un austriaco, al quale per volontà della persona, dalla quale provenissero i beni del figlio, fosse stato riservato l'usufrutto sugl'immobili esistenti in Italia, esso non ne potrebbe godere, che in conformità di quanto dispone l'art. 150 del Codice civile austriaco, e perciò il padre potrebbe essere costretto a spendere le rendite pel sostentamento del figlio in modo conveniente alla condizione di questi.

Stando nello stess'ordine d'idee, che cioè i diritti e gli obblighi reciproci del proprietario e dell'usufruttuario, sommessi entrambi alla legge estera, debbano essere da questa governati, sempre che non sia in causa il diritto sociale, se ne può dedurre, che per decidere ad esempio se i frutti *extantes* debbano essere attribuiti all'usufruttuario

od al proprietario, dato che finisca l'usufrutto, possa essere applicata la legge estera sempre per la ragione che tale controversia concerne i rapporti privati di essi.

Supponiamo per chiarire il nostro concetto che due persone, cittadini entrambi di un paese retto dal diritto romano, siano l'uno usufruttuario l'altro proprietario di un fondo fruttifero situato in Italia, e che, quando l'usufrutto venga a finire, sorga questione fra di essi se i frutti *extantes* spettino agli eredi dell'usufruttuario od al proprietario. A norma di quanto dispone il diritto romano l'usufruttuario non acquista la proprietà dei frutti separati, di quelli cioè staccati, per qualunque causa, o per maturità, o per la forza del vento o per un fatto dell'uomo, dalla cosa, che li produsse, ma solo dei frutti percetti, di quelli cioè che siano nel suo possesso mediante un atto di apprendimento, *apprehensio*. Secondo il diritto italiano invece l'usufruttuario acquista la proprietà dei frutti, appena essi siano separati per qualunque causa dalla cosa che li abbia prodotti. Ora a noi sembra, che in tali circostanze, trattandosi di una controversia che interessa soltanto i rapporti privati tra proprietario ed usufruttuario, entrambi cittadini della stessa patria, e che non essendo in causa il diritto sociale, possa essere applicata la legge estera per deciderla. Non si tratterebbe infatti di una questione che concerne l'efficace trasferimento della proprietà, la quale dovrebbe essere retta dalla *lex rei sitae*, e neanche si potrebbe ammettere che essa implicasse una controversia circa il possesso, la quale, così come ogni questione possessoria, dovrebbe pure essere decisa a seconda della *lex rei sitae*. Si tratterebbe invece dell'estensione del diritto di usufrutto, di una controversia di diritto privato tra stranieri, e giova notare, che la regola circa il possesso delle cose mobili, che cioè rispetto ad esse il possesso vale titolo, non sarebbe neanche implicato in tale controversia, perchè i frutti separati, che non fossero ancora nella fisica disponibilità dell'usufruttuario, non potrebbero dirsi da esso posseduti. Non vi sarebbe quindi alcuna ragione per assoggettare cotesti stranieri alla legge nostra, onde determinare a norma di questa l'estensione dell'usufrutto, ma più consentaneo ai principii razionali dovrebbe ritenersi il decidere la controversia a norma della

legge estera secondo cui abbiamo supposto l'usufrutto essere stato costituito.

Con gli stessi principii dev'essere risoluta ogni controversia che concerna i rapporti privati dell'usufruttuario e del proprietario entrambi sommessi all'impero della legge estera. Così del diritto spettante all'usufruttuario ad ottenere un'indennità pei miglioramenti, che avesse fatti durante l'usufrutto; del diritto alla compensazione; dell'obbligo di sopportare le spese per fare l'inventario, e così di ogni altro loro rapporto privato.

857. Qualora il proprietario dell'immobile, e quello cui appartenga la servitù di usufrutto sopra di esso costituito, non fossero cittadini dello stesso Stato, e l'usufrutto fosse stabilito dalla legge estera, non si potrebbe ammettere, che questa dovesse essere applicata per determinare l'estensione dell'usufrutto ed i diritti e le obbligazioni reciproche dell'usufruttuario e del proprietario; ci sembra invece, che, siccome il diritto principale è quello di proprietà, e le limitazioni, che questo può subire, costituiscono la servitù, così la legge, che deve regolare tutti i diritti compresi nella servitù e l'estensione dei medesimi, debba essere la *lex rei sitae* e non già quella estera, sulla quale l'usufrutto possa ritenersi costituito. La ragione di questo principio è, perchè la legge deve in massima supplire a quanto non provvede il titolo, e quando vi sia un conflitto tra la *lex rei sitae* e quella da cui l'usufrutto derivi, deve ammettersi la prevalenza della *lex rei sitae*, appunto perchè il diritto di proprietà è il diritto principale e prevalente. Così, a modo d'esempio, se il proprietario di un fondo situato in Italia sia un italiano, e l'usufruttuario uno straniero, la controversia se l'usufruttuario abbia il diritto di godere delle miniere, delle cave e delle torbiere, che vengano ad aprirsi durante l'usufrutto, dovrà essere risoluta a norma della legge italiana secondo dispone l'art. 494 del Codice civile.

Per la medesima ragione un prussiano usufruttuario di un fondo situato in Italia, ed appartenente ad un italiano, potrà essere tenuto a dare cauzione di godere da buon padre di famiglia, se non ne sia dispensato dal titolo del suo usufrutto, in forza di quanto dispone il legislatore italiano all'art. 497, e non ostante che a norma del Codice

prussiano (1) l'usufruttuario non sia tenuto a prestare cauzione, e vi possa essere costretto soltanto quando vi sia timore d'abuso da parte sua. Così pure egli dovrà sottostare a quanto dispone la legge italiana agli articoli 498 e 499. La ragione la troviamo sempre in questo, che cioè, essendo l'usufrutto una limitazione del diritto di proprietà, nel conflitto di due leggi deve darsi la prevalenza a quanto dispone la *lex rei sitae*, perchè essa è chiamata a tutelare la proprietà, e a regolare le limitazioni di essa.

858. Ma fossero entrambi cittadini della stessa patria il proprietario e l'usufruttuario, o l'uno rispetto all'altro straniero, non potrebbe mai essere concesso ad essi d'invocare la legge estera, dalla quale l'usufrutto si trovasse costituito, a fine di derogare alla legge territoriale, la quale o per tutelare gl'interessi sociali o per far salvi i diritti dei terzi regolasse in una data maniera i diritti di usufrutto. Onde spiegarci meglio con un esempio supponiamo che l'usufruttuario straniero abbia dato in locazione per nove anni un fondo fruttifero situato in Italia, appartenente pure in proprietà ad uno straniero, e che durante la locazione, venendo a cessare l'usufrutto, sorga la controversia se il proprietario debba o no rispettare la locazione.

Secondo alcune leggi la locazione fa nascere soltanto obbligazioni reciproche fra i contraenti, ma non attribuisce al conduttore alcun diritto sull'immobile ad esso locato, e così avveniva secondo i principii ammessi nell'antico diritto francese, in conformità della dottrina dei giureconsulti romani. Non era contestato il diritto dell'usufruttuario a concludere la locazione, però, siccome il godimento da parte sua era temporaneo, così si ammetteva ch'esso non potesse consentire la locazione, che per la durata del suo diritto; dal che derivava poi la conseguenza, che la locazione si scioglieva di pieno diritto alla morte dell'usufruttuario, e che il proprietario, entrando nel pieno dominio della cosa gravata dall'usufrutto, non era tenuto a rispettare la convenzione conclusa dall'usufruttuario, ma aveva bensì il diritto di espellere il conduttore. A norma invece della legge italiana, a fine di rendere più stabili e sicuri i rapporti che si stabiliscono colla locazione

(1) Parte I^a, tit. XXI, art. 19-20.

tra il conduttore e la cosa locata, e tutelare meglio gl'interessi generali dell'agricoltura, è stato ritenuto in principio, che il conduttore possa tenere la cosa immobile ad esso locata dall'usufruttuario per il quinquennio, che si trova in corso al tempo in cui cessa l'usufrutto (1).

Ci pare chiaro che tale disposizione sia motivata dal concetto di tutelare gl'interessi generali e promuovere la prosperità dell'agricoltura ponendo al sicuro il conduttore di poter ricavare profitto certo dei lavori fatti per coltivare e migliorare il fondo, tenendolo per cinque anni, anche se venisse a cessare l'usufrutto; ed è per questo che essendo naturalmente in causa l'interesse generale ed il diritto sociale sarebbe vano l'invocare in Italia l'applicazione di una legge straniera a riguardo di ciò, e pretendere di regolare le cose diversamente di quanto è stato provveduto con l'art. 493 del Codice civile.

Per la medesima ragione, se l'usufrutto comprendesse boschi cedui, l'usufruttuario sarebbe tenuto ad uniformarsi alla legge nostra per l'ordine e la quantità dei tagli, e lo stesso dovrebbe accadere in ogni altro caso in cui fosse in causa l'interesse generale, e la tutela giuridica dei diritti acquisiti dai terzi. Così l'usufruttuario potrebbe essere assoggettato alla legge territoriale per quello che concerne l'obbligo suo di far le riparazioni, di pagare i tributi e via dicendo. Così dovrebbe ammettersi parimente l'autorità della *lex rei sitae* per decidere se l'usufrutto potesse essere oggetto d'ipoteca; e le controversie che potessero sorgere a riguardo della prescrizione di tale servitù: e dei diritti acquisiti dai terzi in conformità della legge territoriale in forza di cessione dell'usufrutto, o di sequestro operato contro l'usufruttuario od altrimenti (2).

Per quello che concerne il diritto di uso e di abitazione giova notare che esso può essere costituito tanto mediante atto tra i vivi quanto mediante atto di ultima volontà. Esso al pari del diritto di

(1) Art. 493.

(2) La teoria da noi esposta è perfettamente conforme a quella sostenuta nella prima edizione, §§ 208 e seg. della presente opera pubblicata nel 1869. Avendo mutato sostanzialmente la base dell'autorità territoriale di ciascuna legge, noi avevamo mantenuto il principio da noi stabilito anche per risolvere le controversie in materia di usufrutto, ammettendo l'autorità della

usufrutto è limitato per la sua durata alla vita della persona, cui appartiene, ed è soggetto in massima alle stesse regole che l'usufrutto, salvo però le differenze, che derivano dalla natura diversa del diritto stesso. Bisogna anche a riguardo dell'uso e dell'abitazione ammettere, che sotto un certo rispetto tali diritti devono essere governati dalla *lex rei sitae*, e che sotto un altro devono dipendere dalla legge, a cui sia soggetto il titolo, sul quale essi siano fondati. Cotesti diritti non possono avere per titolo la legge stessa, come abbiamo detto dell'usufrutto, che può essere attribuito per legge, però se si riscontrasse qualche caso eccezionale, nel quale il diritto di abitazione fosse attribuito per legge, bisognerebbe ammettere pure a riguardo di esso, che la legge estera potesse essere un giusto titolo del diritto. Così si dovrà dire a modo d'esempio del diritto di abitazione, che secondo la legge italiana è attribuito alla donna alla morte del marito.

A norma infatti dall'art. 1415 del Codice civile italiano la vedova ha il diritto di esigere dagli eredi del marito l'abitazione durante l'anno a contare dal giorno della morte di lui. Cotesto diritto non è in verità una servitù personale, come è tale il diritto di abitazione in una casa determinata, esso è invece uno dei diritti che derivano dal matrimonio, e dovrà essere attribuito alla vedova di un italiano anche nell'ipotesi, che lo scioglimento del matrimonio per la morte del marito avvenga all'estero, la qual cosa noi diciamo, perchè il diritto di abitazione nel caso in parola, benchè fondato sulla legge, è nondimeno un diritto patrimoniale della vedova italiana, e come tale dev'essere riconosciuto dovunque.

859. Il diritto di uso e di abitazione può essere considerato come una servitù personale, quando esso abbia per oggetto un determinato fondo, rispetto al quale sia stato attribuito all'usuario il diritto di raccogliere i frutti necessari ai bisogni propri ed a quelli della propria

---

legge estera ogni qual volta che non fosse in causa l'interesse sociale o l'ordine pubblico. LAURENT, accogliendo la nostra opinione (t. VII, § 342, *Droit civil international*), ha dato un grande sostegno ai principii che noi avevamo proposti, allontanandoci dalla dottrina tradizionale.

Vedi pure la traduzione della mia opera fatta da PRADIER-FODÉRÉ, e pubblicata nel 1875, Paris, Pedone-Lauriel.

famiglia, o il diritto di usare di una casa determinata per abitarvi colla famiglia.

860. Per determinare l'estensione di tale diritto conviene in massima attenersi al titolo, e siccome tutto dipende dalla volontà di colui, che abbia attribuito tale diritto, e deve ammettersi quindi l'autonomia di esso nell'attribuirlo con maggiore o minore estensione, così bisognerà riferirsi al titolo stesso, il quale come abbiamo detto, può essere un atto tra i vivi o un testamento. La legge supplisce soltanto nei casi, nei quali il titolo non abbia provveduto a determinare l'estensione del diritto, ed è in questo caso soltanto, che può sorgere qualche dubbio, se tutto debba dipendere dalla *lex rei sitae*, o da quella sotto l'impero della quale sia stato fatto l'atto tra i vivi: o dalla legge personale dell'autore dell'atto di ultima volontà. Bisognerà anche a riguardo di ciò fare le distinzioni tante volte fatte a fine di determinare esattamente l'autorità della legge.

Tenendo presente che l'oggetto del diritto è la cosa, bisognerà attenersi alla *lex rei sitae* per determinare il carattere giuridico e la natura del diritto stesso, e così per decidere innanzi tutto se l'uso debba essere reputato un diritto reale vero e proprio, o un diritto reale, da cui derivi soltanto un'azione personale contro il proprietario. Intorno a ciò si trova già una differenza tra le legislazioni diverse. Nel sistema del Codice civile italiano l'uso è un diritto reale vero e proprio, per lo che all'usuario appartiene il diritto di possedere la cosa data in uso. Conseguentemente il proprietario del fondo gravato dalla servitù di uso non può, dissenziente l'usuario, dare a questi i frutti necessari ai bisogni di lui e della sua famiglia, impedendo di possedere il fondo e di raccogliere direttamente i frutti. Essendo la cosa quella che costituisce l'oggetto del diritto, l'usuario può esercitare tale suo diritto direttamente sulla cosa. A lui spetta non già il possesso esclusivo di tutto il fondo, ma il possesso di questo per quella parte necessaria a raccogliere i frutti, di cui ha bisogno. Nel sistema del Codice francese non si può sostenere senza dubbiezze lo stesso concetto; gl'interpreti di quella legge hanno infatti opinato, che il magistrato abbia facoltà di ammettere o di escludere l'usuario dal possesso della cosa, secondo che egli abbia diritto a percepire la maggiore o minore parte dei frutti,

obbligandolo nel primo caso a dare al proprietario l'eccedenza, e nel secondo a ricevere da costui la parte dei frutti, che gli spetta. Ammettendo cotesto concetto ne conseguirebbe che il diritto di uso non potesse reputarsi un diritto reale vero e proprio, ma un diritto alla cosa, da cui derivi un'azione personale contro il proprietario di essa.

861. Ognuno comprende, come tale controversia debba essere decisa in conformità della *lex rei sitae:* laonde il diritto di uso spettante ad un italiano sul fondo di un altro italiano situato nel territorio francese dovrà essere valutato avuto riguardo al carattere che tale diritto ha secondo la legge francese, e non già secondo quello ch'esso ha a norma della legge italiana. Si tratterebbe infatti di decidere circa il diritto di possedere un immobile esistente in Francia, e non si potrebbe escludere l'autorità della *lex rei sitae.*

Dovrà invece ammettersi l'autorità della legge italiana per determinare la estensione e la limitazione del diritto di uso o di abitazione costituito fra due italiani, per supplire in conformità di quanto essa dispone a quanto nel titolo non sia stato provveduto, sempre ben inteso che si tratti di controversie che concernano i rapporti privati delle parti, come ad esempio quella relativa alle persone che devono ritenersi comprese fra quelle, che possono godere dell'abitazione; l'obbligo di soggiacere in tutto od in parte alle spese di coltura da parte di chi abbia l'uso di un fondo; a quelle delle riparazioni della casa, e via dicendo. Che, se invece si trattasse di controversie nelle quali siano in causa gl'interessi pubblici, bisognerebbe attenersi alla *lex rei sitae*, così questa dovrà regolare, ad esempio, l'uso dei boschi e delle foreste spettante ad un italiano e che si trovino all'estero.

Qualora l'usuario ed il proprietario fossero cittadini di paese diverso bisognerebbe attenenersi ai principii già esposti a riguardo dell'usufrutto. Vogliamo solo notare che siccome l'uso può essere costituito mediante testamento, e siccome deve ammettersi l'autonomia del testatore per regolarne l'estensione, così in difetto di disposizioni espresse dovrà reputarsi più consentaneo ai principii razionali l'ammettere, che, per quello che concerne i rapporti di diritto privato, si debba supplire in conformità della legge nazionale del *de cujus*, perchè

si ha ragione di presumere che a questa esso si sia riferito, e quindi secondo di essa si deve interpretare la volontà di lui.

Applicando questo principio bisogna ammettere, che quantunque secondo la giurisprudenza italiana colui, al quale spetti il diritto di uso, abbia la facoltà di raccogliere i frutti necessari ai bisogni suoi ed a quelli della propria famiglia, avuto riguardo alla condizione civile di lui, se il diritto di uso su di un fondo esistente in Italia fosse stato costituito mediante testamento fatto da un austriaco, si dovrà tener presente la disposizione dell'art. 506 del Codice civile austriaco, qualora si trattasse di determinare la estensione del diritto stesso, per la ragione che il testatore dovette riferirsi alla propria legge nazionale, quando concesse l'uso col suo testamento. Conseguentemente, siccome il mentovato articolo dispone, che il bisogno dell'usuario dev'essere determinato avuto riguardo al tempo, nel quale fu conceduto l'uso, e che i posteriori cangiamenti nella condizione o nella professione dell'usuario non gli possono attribuire diritto ad un uso più esteso, così si dovrà in conformità di tale disposizione decidere, e non già a norma delle regole stabilite dalla giurisprudenza italiana, tuttochè il diritto d'uso venga ad essere esercitato su di un fondo esistente in Italia.

862. Potrebbe sorgere una difficoltà rispetto all'inalienabilità del diritto di uso e di abitazione. A norma della legge italiana, art. 528, i diritti di uso e di abitazione non si possono cedere nè affittare. Che cosa dovrebbe dirsi nell'ipotesi che secondo la legge personale dell'usuario fosse ammessa la cessione di tali diritti? dovrà reputarsi valida la cessione fatta ad un terzo in conformità della legge personale?

Giova notare che il divieto dell'alienazione del diritto d'uso non si può considerare imposto per ragioni di ordine pubblico, e quindi se nel titolo costitutivo fosse stata permessa l'alienazione, siccome tutto deve dipendere dall'autonomia delle parti, così bisognerebbe ritenere la cessione efficace. Ma la controversia è se il diritto di alienare l'uso possa essere fondato sulla legge personale, quando essa fosse in opposizione con la legge territoriale. A noi non sembra di poterlo ammettere, perchè il diritto d'uso è attribuito alla persona, ma siccome ha per oggetto la cosa, ed importa di per sè stesso una limitazione

della proprietà, così non può dipendere dalla legge personale sotto il rispetto dell'alienabilità. Questo diciamo, perchè in mancanza del titolo deve dipendere dalla *lex rei sitae* il determinare la maggiore o minore estensione dei gravami e delle limitazioni del diritto di proprietà. Dato che secondo la legge territoriale, a fine di non rendere più gravoso e più oneroso l'uso rispetto al proprietario, sia sancito in principio che cotesto diritto non possa essere ceduto, bisognerà attenersi a quanto essa dispone, escludendo l'autorità della legge personale, la quale non potrebbe imporre al proprietario oneri maggiori, come sarebbe quello che deriverebbe dal fatto dell'usuario, che potesse trasmettere il suo diritto ad un terzo. Opina diversamente Laurent (1).

863. Le servitù prediali hanno un carattere sostanzialmente diverso da quelle di cui ci siamo occupati sinora. Esse infatti non sono stabilite pel vantaggio individuale di alcuna persona determinata, nè importano conseguentemente un onere imposto al fondo a profitto di una designata persona, ma sono bensì stabilite sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un altro fondo, chiunque ne sia il possessore. Il fondo gravato dall'onere è denominato fondo servente, quello poi, a vantaggio del quale l'onere è imposto, fondo dominante, di maniera che il rapporto, che costituisce il servizio dovuto dall'uno all'altro, intercede fra i due fondi senza riguardo alle persone cui essi appartengono, ed è perciò che alcuni hanno nomati tali rapporti servizi fondiarii, appunto perchè la natura di essi consiste sempre in un servizio o in un peso imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un altro fondo, escludendo qualunque riguardo alle persone, le quali intanto ne godono o ne soffrono in quanto hanno il possesso del fondo dominante l'uno, e quello del fondo servente l'altro.

Le servitù prediali o sono stabilite dalla legge stessa, o possono essere stabilite mediante un fatto dell'uomo. Però, anche in quello in cui si può ammettere il principio dell'autonomia, quanto allo stabilirle, si deve ammetterlo tenendo fermo sempre la natura ed il carattere del rapporto, come abbiamo detto, escludendo cioè qualunque servizio imposto alla persona od in favore della persona, perchè questo snatu-

(1) Op. cit., tom. VII, § 354.

rerebbe il concetto sostanziale della servitù prediale. Il legislatore francese lo dice espressamente all'art. 686, col quale dispone: È permesso ai proprietari di stabilire sulle loro proprietà o a beneficio delle loro proprietà qualunque servitù, purchè però il servizio stabilito non sia imposto nè alla persona, nè in favore della persona, ma solamente ad un fondo ed a vantaggio di un altro fondo, o purchè tali servizi non abbiano nulla di contrario all'ordine pubblico. È conforme la disposizione dell'art. 616 del Codice civile italiano, e di tutte le altre leggi che escludono il concetto della servitù secondo il diritto feudale.

Riesce evidente, che tale disposizione ha il carattere vero e proprio dello statuto reale, perchè essa sancisce una regola di diritto sociale e di interesse pubblico.

864. Le servitù prediali stabilite dalla legge devono essere rette assolutamente ed esclusivamente dalla *lex rei sitae*, e questo principio non può soffrire alcuna eccezione, imperocchè siccome il motivo, pel quale dalla legge sono stabilite, è sempre l'interesse pubblico, così non si può ammettere a riguardo di ciò l'impero di legge straniera.

A norma dell'art. 649 del Codice civile francese è detto, in vero, che le servitù stabilite dalla legge hanno per oggetto l'utilità pubblica o l'utilità dei privati, ma il motivo per cui le une e le altre sono stabilite è sempre l'interesse sociale, essendo che anche quelle stabilite per l'utilità dei privati non mirino a tutelare gl'interessi particolari dei medesimi, ma a provvedere bensì ai vantaggi generali dell'agricoltura e dell'industria, per lo che, essendo in causa sempre l'interesse sociale, tutto deve dipendere dalla *lex rei sitae*, nè può sorgere mai il caso che i proprietari dei fondi contigui, fossero entrambi cittadini della stessa patria, potessero invocare la loro legge personale a fine di vantare qualche diritto di servitù derivante dalla situazione dei fondi a ciascuno di essi appartenenti.

Prendiamo ad esempio la servitù di passaggio. Nella legislazione romana non si trova una disposizione espressa circa la servitù legale di passaggio. I bisogni dell'agricoltura però e l'equità la fecero introdurre in molti paesi, non esclusi i romani, in forza della giurisprudenza, e poi il Codice civile francese la sancì con l'art. 682, e lo stesso

fecero gli altri Codici moderni. Così il proprietario, il fondo del quale trovasi circondato da fondi altrui, e che non abbia uscita sulla via pubblica, e che non possa procurarsela senza eccessivo dispendio o disagio, ha diritto per legge di ottenere il passaggio sui fondi vicini per la coltivazione ed il conveniente uso del proprio fondo, stabilendo tale passaggio in maniera che riesca meno dannoso al fondo, su cui dev'essere stabilito. Questa servitù legale ha per oggetto l'utilità dei privati, ma non si potrebbe da questo dedurre che due proprietari cittadini della stessa patria potessero invocare la legge del proprio paese e pretendere che essa dovesse avere autorità a regolare la servitù di passaggio fra di essi, adducendo che si trattasse di servitù legale stabilita per utilità privata. Essi non lo potrebbero, perchè, quantunque non possa essere escluso che tale servitù abbia per oggetto l'utilità privata, pur nondimeno, essendo il motivo della disposizione l'interesse sociale, quello cioè di provvedere nel modo più conveniente ai vantaggi dell'agricoltura e dell'industria, ed all'accrescimento della ricchezza pubblica, è giuocoforza riconoscere a riguardo di ciò l'autorità sovrana della legge territoriale, escludendo assolutamente quella della legge straniera.

Nelle legislazioni positive la servitù legale di passaggio non si trova regolata in un modo uniforme. Alcune l'ammettono infatti soltanto nel caso di assoluta mancanza di passaggio, altre invece l'ammettono anche in quello che esista bensì un passaggio, ma non sufficiente alla coltura del fondo, od ai bisogni dell'industria. Ora bisogna sempre decidere in conformità della *lex rei sitae*, se debba o no ammettersi tale servitù legale nelle circostanze, nelle quali i fondi realmente si trovino, nè può essere consentito ai proprietari stranieri cittadini della stessa patria d'invocare la loro legge personale per accampare un diritto di servitù di passaggio in circostanze non contemplate dalla legge territoriale, nè di escludere l'applicazione di questa nei rapporti privati fra di loro, adducendo che trattandosi di una servitù stabilita per l'utilità privata non debba essere il caso di applicare la legge territoriale a loro, dato che siano entrambi cittadini della stessa patria. Tali pretese dovrebbero essere rigettate, perchè in opposizione coi principii del Diritto. I legislatori, che hanno legislativamente risoluta

la questione in una maniera o nell'altra, non si sono preoccupati della condizione delle persone, nè hanno avuto in mira di provvedere agli interessi particolari delle medesime, ma si sono ispirati a ragioni d'interesse generale, come sono quelle di promuovere la prosperità dell'agricoltura, ed il maggiore incremento dell' industria, per lo che, essendo in causa gl' interessi sociali, non può sorgere mai il caso di ammettere l'autorità di una legge straniera.

865. Non reputiamo opportuno di estenderci molto intorno a questo soggetto, perchè ci sembra chiaro, che tutto quello che concerne le servitù prediali stabilite dalla legge, debba essere governato dalla *lex rei sitae*, qualunque sia l'oggetto di esse. Essa dovrà parimente regolare l'autonomia delle parti, in quello che può essere concesso alle medesime di modificare o determinare in un modo più preciso mercè le convenzioni le servitù stabilite dalla legge. L'autonomia quindi a riguardo di ciò non può essere ammessa, che dentro i limiti fissati dalla legge territoriale. Questo principio dovrà essere applicato a tutte le servitù legali di utilità privata, alla comunione dei muri, alla distanza delle costruzioni, allo scolo delle acque, alle servitù di luce e di prospetto, e via dicendo.

866. Per quello che concerne le servitù stabilite pel fatto dell'uomo deve ammettersi l'autonomia dei proprietari nello stabilire sopra i loro fondi od a beneficio di essi qualunque servitù mediante convenzione espressa o mediante un atto volontario a ciò idoneo, ma sempre però dentro i limiti fissati dalla *lex rei sitae*, come abbiamo già notatò. Solamente dentro tali limiti l'esercizio e l'estensione delle servitù possono essere regolati dal titolo stesso, col quale esse furono costituite.

Il titolo può essere un atto tra i vivi, ed un atto di ultima volontà. Secondo certe leggi si ammette inoltre che le servitù possono essere stabilite per destinazione del padre di famiglia.

Rispetto alle prime il limite generale dell'autonomia delle parti deve essere questo, che cioè non possa mai essere concesso ad esse di stabilire una servitù, che in qual si sia modo sia contraria all'ordine pubblico. Nel campo poi, dentro cui può essere ammessa l'autonomia, questa dovrà essere regolata dalla legge personale, per quello che concerne la capacità, e da quella sotto l'impero della

quale le parti si obbligarono, per quello che concerne la convenzione da esse fatta e la sua efficacia nei rapporti fra loro. Per tutto quello poi che non sia stato determinato nel titolo stesso a riguardo dell'esercizio e dell'estensione della servitù, bisognerà attenersi alla legge territoriale, e non già a quella del luogo in cui fu fatto il contratto, o a quella del paese di cui i proprietari siano cittadini. La ragione di questo principio la troviamo in questo, che cioè, quantunque la volontà dell'uomo sia ammessa nel costituire la servitù, pure, siccome la volontà stessa deve rimanere sommessa alla *lex rei sitae*, e d'altra parte la servitù pel suo carattere sostanziale, essendo sempre un peso imposto ad un fondo per l'uso e l'utilità di un altro fondo, prescinde dalla condizione delle persone e tende a stabilire certe utilità sempre nell'interesse generale, così tutto deve dipendere dalla legge del luogo, ove le cose si trovino, e ove la servitù dev'essere esercitata; laonde questa legge deve supplire a quello che non fu espresso nel titolo stesso. Anche quando la servitù sia stata costituita con testamento, bisognerà sempre ammettere, che l'esercizio e l'estensione di essa debba essere regolata dalla *lex rei sitae*, e non già dalla legge personale del testatore, perchè costui dovette naturalmente riferirsi alla legge del luogo, ove si trovava il fondo, a lui appartenente, e sul quale imponeva la servitù, intendendo ch'essa dovess'essere esercitata in conformità della legge vigente là ove l'esercizio doveva verificarsi.

Intorno a ciò non ci sembra che possano nascere dubbi, come non ne possono nascere nell'ipotesi che la servitù sia stabilita mediante prescrizione, dovendo questa essere pure retta dalla legge territoriale, come abbiamo già detto innanzi.

867. La difficoltà può sorgere a riguardo di una servitù stabilita per destinazione del padre di famiglia. Questo ha luogo, quando possa essere data la prova, che due fondi, attualmente divisi, siano stati posseduti dallo stesso proprietario, e che questi abbia posto o abbia lasciato le cose nello stato, dal quale risulta la servitù. In tali circostanze il legislatore italiano dispone, che trattandosi di una servitù continua ed apparente, qualora i due fondi abbiano cessato di appartenere allo stesso proprietario, senza che sia stata fatta alcuna disposizione relativa alla servitù, questa debba ritenersi attivamente e passivamente

stabilita a favore e sopra ciascuno dei fondi separati (1). Tale disposizione è conforme a quella degli articoli 692, 693 del Cod. civ. francese.

Si ammette generalmente che il fondamento di tale servitù sia il consenso presunto da parte del proprietario e desunto dallo stato obbietivo dei fondi, rispetto ai quali si ritiene stabilita la servitù. Può però sorgere il dubbio, se cotesto elemento subbiettivo, che è costituito dal consenso presunto, debba dipendere dalla legge personale del proprietario (desumendo da questa la giusta e legittima presunzione della volontà di lui, od escludendola, se a norma di essa debba essere esclusa), o se invece debba dipendere dalla *lex rei sitae*, considerando lo stato obbiettivo e reale dei fondi, come elemento decisivo a fare presumere il consenso.

Giova premettere, per comprendere meglio come il dubbio possa nascere, che la servitù per destinazione del padre di famiglia non si trova ammessa in tutte le legislazioni; così non si trova nella legislazione russa, nella legislazione danese, nei paesi retti dal diritto romano ed in altre. In quelle poi che l'ammettono, seguendo le orme del Codice civile francese, che fu il primo a riconoscere con espressa disposizione legislativa (art. 692, 693 Cod. civ.) la destinazione del padre di famiglia come titolo per costituire una servitù continua ed apparente, non sono uniformi i criteri circa i requisiti indispensabili di questo mezzo di costituzione di servitù. Nel diritto austriaco non si trova una disposizione conforme a quella del Codice francese, però coll'art. 526 quel legislatore dispone, che quando sia riunita nella stessa persona la proprietà del fondo serviente e del fondo dominante, la servitù cessa da sè, però se uno di questi fondi riuniti venga di nuovo alienato senza che nel frattempo sia stata cancellata la servitù dai libri pubblici, il nuovo possessore del fondo dominante avrà il diritto di esercitarla. Questo dipende da che l'iscrizione nei libri pubblici è reputata nel sistema del diritto germanico come indice pubblico della esistenza della servitù.

Conviene inoltre tener presente le lunghe dispute fatte dai giuristi a riguardo dei modi coi quali il consenso presunto del padre di

(1) Articoli 629, 632, 633.

famiglia, considerato come titolo, a riguardo della servitù da esso costituita, debba essere constatato. Alcune consuetudini, le quali si accordavano nell'ammettere che la destinazione poteva valere titolo a riguardo delle servitù continue ed apparenti, esigevano che la destinazione fosse espressa e che risultasse da atto scritto, e così era secondo la consuetudine di Parigi (1). Quando poi sopravenne il Codice francese, e non fu più richiesto, che la destinazione fosse constatata mediante la scrittura, gli scrittori (2) discussero non per tanto circa i generi di prova, coi quali poteva essere stabilito, che lo stato dei luoghi era tale all'epoca in cui i fondi furono divisi, e che essi appartenevano allo stesso proprietario in quel momento in cui furono lasciati in quello stato (3).

Questa diversità di concetti legislativi circa l'ammettere che la servitù possa essere costituita per destinazione del padre di famiglia, e circa gli estremi richiesti per desumere la tacita volontà di lui, può far nascere naturalmente il dubbio, se si debba attribuire autorità alla legge personale, ritenendo che secondo questa debba essere constatato il consenso tacito da parte del proprietario, e gli estremi che devono verificarsi per ammettere od escludere cotesto consenso tacito, o se invece debba essere attribuita autorità esclusiva alla *lex rei sitae* per la considerazione che siccome tutto deve dipendere dallo stato dei luoghi, dal fatto giuridico (che cioè due fondi che si trovavano in un dato stato abbiano cessato di appartenere allo stesso proprietario) così là, ove tali circostanze di fatto siano venute a verificarsi, devono esserne determinate le conseguenze giuridiche secondo la legge vigente.

868. Si deve ammettere senza dubbiezze che l'autorità della *lex rei sitae* debba essere assoluta, ogni qual volta che si tratti di decidere se una servitù continua ed apparente possa essere o no costituita

(1) Confr. Dumoulin, art. 87, *De la coutume de Paris;* Lalaure, *Des servitudes réelles*, pag. 171. — Anche la consuetudine di Calais, art. 202, quella di Orléans, art. 228, e di Metz, tit. XIII, art. 22, ritenevano la massima di diritto scritto: *Nulle servitude sans titre.*

(2) Demolombe, *Traité des servitudes*, n[i] 819 e seguenti; Demante, t. II, n° 549 bis; Merlin, *Répert.*, v° *Servitude*, § 19; Duranton, n° 569

(3) Ved. per quello che concerne la storia e lo sviluppo della servitù per destinazione del padre di famiglia la monografia di Simoncelli, *La destinazione del Padre di famiglia come titolo costitutivo della servitù.*

per destinazione del padre di famiglia, imperocchè, se secondo essa fosse sancita la massima « nessuna servitù senza titolo » e non fosse reputata efficace, che la convenzione espressa, riesce chiaro, come non si potrebbe ivi invocare una legge estera per sostenere, che pel rispetto dovuto all'autonomia del proprietario, potesse essere concesso al medesimo di far valere la convenzione tacita invece della convenzione espressa.

Dato che la destinazione del padre di famiglia possa valere come titolo secondo la *lex rei sitae*, e quindi che la convenzione tacita tra colui che possedeva i due fondi, e che pose o lasciò le cose nello stato, dal quale risulti la servitù, e colui che acquistò il fondo diviso in quelle condizioni possa tener luogo della convenzione espressa, ci sembra che tutto debba dipendere parimente dalla *lex rei sitae*. Questo diciamo perchè riteniamo che la servitù nasca dallo stato di fatto, il quale, siccome non può verificarsi che nel luogo ove le cose si trovano, così riteniamo più consentaneo ai principii razionali di ammettere che la legge, sotto l'impero della quale si sia venuto a verificare lo stato di fatto, debba regolarne le conseguenze giuridiche.

In contrario si può addurre che dato che tutto deve dipendere dalla volontà del proprietario, il quale, poteva con disposizione espressa escludere ogni servitù, così quando nulla abbia disposto, la servitù non può intendersi stabilita che secondo la sua volontà presunta, per lo che dipendendo tutto dalla volontà di lui sia più consentaneo ai principii razionali desumere questa dalle circostanze personali. Che conseguentemente si dovrebbe escludere l'applicazione della *lex rei sitae*, se si potesse dare la prova che il padre di famiglia non la conosceva, e così la pensa Laurent (1), il quale dice, che qualora le parti fossero stranieri, e fosse provato, che non conoscessero la legge francese, non potrebb'essere questione di stabilimento di servitù per destinazione, perchè esse non potevano volere ciò che ignoravano.

A noi sembra invece che la volontà entri nella costituzione della servitù per determinazione (semprechè ben inteso si tratti di servitù continue ed apparenti), come nell'acquisto delle servitù medesime

(1) LAURENT, *Droit civil international*, t. VII, § 304.

mediante prescrizione. Atti giornalieri e patenti esercitati lungo tempo senza alcun reclamo da parte del proprietario, hanno un carattere tale da far presumere il consenso del medesimo, per lo che il possesso di una servitù così esercitata per la durata del tempo richiesta per effettuare la prescrizione della servitù, la può far nascere, ma non si può al certo sostenere che, a cagion del nascere in conseguenza del consenso presunto del proprietario, il negozio giuridico possa essere governato da altra legge tranne che dalla *lex rei sitae*. Lo stesso deve essere quindi della servitù per destinazione. È lo stato di fatto, ed il possesso attuale dei due fondi, che prima appartenevano ad un proprietario trovandosi in quelle condizioni per ammettere la servitù, e che in quelle stesse condizioni hanno cessato di appartenere ad esso, quello che fa nascere la servitù. Codesto elemento obbiettivo è prevalente e predomina l'elemento subbiettivo del consenso, la presunzione del quale è la conseguenza naturale del fatto giuridico. Ora ci sembra chiaro, che la legge vigente nel luogo, ove il possesso dei fondi in quello stato viene a verificarsi, sia quella che deve regolare le conseguenze giuridiche del possesso stesso. Per lo che non ci sembra necessario l'interpretazione della volontà riferendosi alla legge personale alla quale fosse soggetto il proprietario, ma riteniamo invece, che tutto debba dipendere dal fatto, e dalle circostanze attuali del possesso.

Da tutto ciò ne deduciamo che la costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia deve essere governata dalla legge del luogo ove venga a verificarsi il fatto giuridico, e che dev'essere retta dalla legge sotto l'impero della quale il possesso viene effettuato.

CAPITOLO VI.

Dell'enfiteusi e del diritto di superficie.

869. Concetto generale circa la legge che deve regolare l'enfiteusi. — 870. L'ammissibilità ed il carattere di codesto istituto deve dipendere dalla *lex rei sitae*. — 871. Legge che deve governare i diritti del concedente e dell'enfiteuta. — 872. Autorità della legge territoriale a riguardo dell'affrancamento. — 873. Se il diritto del laudemio possa essere riconosciuto secondo la legge estera, non ostante il divieto della legge territoriale. — 874. Del diritto di superficie.

869. L'enfiteusi è un diritto reale sulla cosa immobile altrui, e consiste nel diritto di fruire e godere della cosa in perpetuo o a tempo coll'obbligo di non deteriorarla o di migliorarla, e di pagare al proprietario un'annua determinata prestazione in danaro o in derrate, che dicesi annuo canone.

Cotesto diritto ha molta analogia con quello di usufrutto per quello che concerne il modo di costituzione, e per quello che concerne l'oggetto del diritto, che, come abbiamo detto, consiste nell'avere il pieno godimento di un immobile appartenente ad altri. Esso può essere costituito quindi mediante atto tra i vivi e mediante atto di ultima volontà, e, per quello che si riferisce in generale al titolo costitutivo di tale diritto, deve ammettersi l'autonomia delle parti, e la sommessione delle medesime alla legge personale a riguardo della loro capacità, ed alla *lex locis contractus* per la validità della convenzione da esse fatta, dato che mediante convenzione l'enfiteusi sia stata costituita. Siccome però il diritto d'enfiteusi ha per oggetto gl'immobili, esso, a somiglianza degli altri *jura in re aliena*, dev'essere assoggettato alla *lex rei sitae* sotto ogni rispetto, che possa riguardare l'organamento della proprietà nell'interesse pubblico, ed il diritto sociale. Non si può quindi ammettere, che tutto debba dipendere dalla *lex rei sitae*, e neanche si può concedere che pel rispetto dell'autonomia del proprietario questi possa a volontà regolare mediante la convenzione l'enfiteusi da esso costituita, bisogna invece tener distinto in ogni controversia a riguardo di tale diritto quello che concerne i

rapporti privati, e quello che concerne i rapporti di diritto pubblico e d'interesse sociale, ed ammettere od escludere l'autorità della legge territoriale, secondo che si tratti di rapporti dell'una o dell'altra categoria.

870. Incominciamo innanzi tutto ad osservare, che l'enfiteusi non si trova in tutte le legislazioni, e che il carattere ch'essa ha avuto nelle legislazioni, che l'hanno riconosciuta, è stato pure diverso. Nel sistema del diritto feudale essa infatti ebbe molte attinenze col feudo. Nel diritto moderno poi si trova ammesso tuttora in certi paesi il concetto del dualismo del dominio, mantenendo così all'istituto quell'impronta feudale, che deriva dall'ammettere una certa signoria nel *dominus* ed una certa soggezione verso il medesimo da parte dell'enfiteuta. Nel diritto italiano vigente, tale dualismo a riguardo del dominio è stato escluso, ritenendo che il concedente non riserva per sè il diritto di dominio sulla cosa, ch'esso dà in enfiteusi, ma che ha invece soltanto un diritto reale sulla cosa data ad enfiteusi, la quale resta vincolata verso di esso concedente per l'adempimento degli obblighi imposti all'enfiteuta.

Senza entrare in altri particolari ci pare dovere stabilire come regola, che il carattere del diritto di enfiteusi debba essere determinato a norma della *lex rei sitae*, e che tale carattere non possa essere modificato a volontà delle parti in considerazione della loro autonomia. Così deve dipendere pure dalla stessa legge il decidere se l'enfiteusi possa essere stabilita in perpetuo o a tempo determinato. Conseguentemente, dato che secondo la legge territoriale fosse disposto che l'enfiteusi non potesse essere stabilita per una durata di tempo maggiore di novant'anni, nè minore di ventisette, com'è secondo la legge belga, bisognerà attenersi ad essa, per la ragione che il legislatore disponendo in tale maniera è sempre guidato dal diverso modo d'intendere l'indole e la natura giuridica di tale istituto, avuto riguardo all'utilità del medesimo sotto il rispetto dell'economia sociale e della prosperità dell'agricoltura.

Qualora nella legislazione di uno Stato l'enfiteusi non fosse riconosciuta, non potrebb'essere efficace un contratto enfiteutico fatto da stranieri relativamente ad un fondo ivi esistente. La ragione è, perchè il principio, in virtù del quale nei diversi sistemi legislativi l'enfiteusi

è stata o non è stata ammessa, è derivato dal diverso modo d'intendere gl'interessi generali dell'agricoltura ed i provvedimenti adatti ad accrescere la prosperità delle terre; per lo che non potrebbe essere concesso a stranieri di creare, in virtù della loro autonomia, istituzioni che per ragioni d'interesse pubblico non fossero riconosciute dalla *lex rei sitae*. Bisognerà quindi ammettere rispetto al contratto enfiteutico in tali circostanze la stessa regola, che deve valere a riguardo di ogni altro contratto consensuale, che importi un *jus in re aliena*, il quale quantunque valido e legale secondo la legge del luogo, in cui fu stipulato, deve non di meno essere reputato inefficace, se abbia per oggetto di stabilire su di un immobile esistente in un paese un diritto reale non riconosciuto dalla legge ivi vigente.

871. Supposto poi che secondo la *lex rei sitae* l'enfiteusi sia riconosciuta, e che la costituzione di tale diritto si sia verificata sotto l'impero di legge estera, bisognerà per risolvere ogni controversia tra il concedente e l'enfiteuta applicare a preferenza la legge territoriale, o quella del contratto, secondo che la materia che faccia nascere il conflitto sia di quelle, che riguardano gl'interessi privati delle parti, o di quelle che concernono l'ordinamento pubblico della proprietà, gl'interessi sociali od i diritti dei terzi.

A fine di chiarire il nostro concetto ci riferiamo al Codice italiano, che riconosce l'enfiteusi, ed osserviamo, che, quantunque si volesse sostenere, come alcuni la pensano, che avendo il legislatore designato il contratto come base di codesto diritto, non dovesse ammettersi altro modo per costituire l'enfiteusi in Italia, tranne che il contratto enfiteutico, pure se a norma della legge del proprietario straniero fosse concesso al medesimo di disporre con atto di ultima volontà della sua proprietà, e di potere costituire l'enfiteusi mediante testamento, non si potrebbe escludere che la costituzione dell'enfiteusi fatta in tale maniera dovesse essere efficace a riguardo di un fondo situato in Italia, imperocchè essendo essa validamente costituita a seconda della legge del *de cujus*, il testamento dovrebbe essere riguardato come titolo giuridico efficace.

Reputiamo soltanto opportuno di notare, che, siccome a norma della legge italiana art. 1932 l'enfiteusi dev'essere trascritta, ed i

testamenti non sono soggetti alla trascrizione, se l'enfiteusi fosse costituita mediante testamento non potrebbe essere riguardata come efficace rispetto ai terzi indipendentemente dalla trascrizione. Bisognerebbe quindi a renderne efficace la costituzione fatta mediante testamento di trascrivere la disposizione di ultima volontà, che ne concernesse la costituzione.

Il legislatore concede inoltre alle parti di regolare l'enfiteusi mediante convenzioni, e sancisce poi delle norme per determinare entro quali limiti deve ammettersi l'autonomia delle parti, e come i diritti delle medesime debbano essere determinati nei casi, nei quali non sia stato a tutto provveduto mediante il contratto. Da ciò se ne deve dedurre, che gli stranieri possono, dentro i limiti della loro autonomia, regolare l'enfiteusi mediante convenzioni, e che quando essi non avessero ciò fatto, e dalle circostanze si potesse desumere di essersi essi riferiti alla legge estera per completare tutto quello, che non avesse formato oggetto di patto espresso, potrebbe pure ammettersi l'applicazione della legge estera diversa della nostra, sempreché ben inteso si trattasse di controversia di interesse privato delle parti, e nella quale non fossero menomamente implicati gl'interessi dei terzi. Così a noi sembra, che se l'enfiteusi sia stata costituita mediante contratto concluso fra due persone entrambi cittadini di un paese (ove supponiamo essere in vigore il diritto romano), e che esse non abbiano nulla disposto a riguardo del diritto di appropriarsi il tesoro, che fosse scoperto nel fondo dato ad enfiteusi, la controversia se il detto tesoro dovesse spettare tutto all'enfiteuta, o se dovesse invece essere ripartito tra lui ed il concedente, potrebbe essere risoluta in conformità della legge estera, a cagione dell'essere una questione d'interesse privato.

Per la medesima ragione, dato che avvenga la devoluzione del fondo enfiteutico per la scadenza del termine fissato all'enfiteusi, e che sorgesse controversia circa il diritto spettante all'enfiteuta di ottenere qualche compenso pei miglioramenti da esso fatti al fondo enfiteutico, a noi sembra, che anche questa controversia dovrebbe essere risoluta in conformità della legge estera, alla quale si deve supporre essersi riferiti il concedente e l'enfiteuta stranieri, che sotto l'impero di essa contrattarono, e che deve perciò regolare la convenzione da

essi fatta, per tutto quello che concerne i loro interessi privati, e a cui non sia stato esplicitamente provveduto nel contratto; e tacciamo di addurre altri casi consimili.

872. L'autorità della legge nostra deve essere invece riguardata come assoluta ed esclusiva in tutto quello, ch'essa dispone a riguardo dell'enfiteusi per tutelare gl'interessi sociali della prosperità dell'agricoltura, ed i diritti dei terzi. Così dovrà dirsi del diritto attribuito coll'articolo 1564 all'enfiteuta, di redimere il fondo enfiteutico mediante il pagamento di un capitale in danaro, corrispondente all'annuo canone sulla base dell'interesse legale. Quantunque secondo la legge, sotto della quale sia stato concluso il contratto di enfiteusi, fosse escluso il diritto di redenzione o affrancazione da parte dell'enfiteuta, questi potrà nondimeno redimere il fondo in conformità della legge italiana, perchè, essendo la redenzione sancita per ragioni d'interesse generale, riesce evidente l'autorità territoriale della disposizione, alla quale non si potrebbe al certo derogare invocando l'applicazione di legge straniera. Così dovrà parimente ammettersi, che la disposizione dell'articolo 1567, che concede ai creditori ipotecari dell'enfiteuta di esercitare l'azione ipotecaria sul prezzo dovuto ad esso pei miglioramenti fatti, debba avere autorità territoriale, perchè essa mira a tutelare gli interessi dei terzi.

873. Una difficoltà potrebbe sorgere nell'ipotesi di un'enfiteusi costituita sotto l'impero di legge estera, la quale ammettesse a favore del concedente il diritto di ottenere il laudemio in caso di trasmissione del fondo enfiteutico. Il legislatore italiano dispone all'art. 1562 che per la trasmissione del fondo enfiteutico, in qualunque modo avvenga, non è dovuta alcuna prestazione al concedente, ed esso dichiara tale disposizione assolutamente obbligatoria tra le parti, in maniera che toglie alle medesime la facoltà di stipulare il contrario mediante convenzione. A primo aspetto potrebbe sembrare, che, essendo eliminata a riguardo di ciò l'autonomia delle parti, e non potendo queste derogare a quanto il legislatore dispone, la mentovata disposizione dovesse avere l'autorità dello statuto reale, e che conseguentemente l'enfiteuta potesse fondare su di essa il rifiuto di pagare la prestazione, da esso dovuta al concedente per la trasmissione del fondo, a norma della

legge estera, sotto della quale il contratto abbiamo supposto essere stato originariamente concluso.

Dobbiamo però osservare, che il legislatore ha imposto la cennata disposizione per le enfiteusi concluse sotto l'impero della legge italiana, e che ha potuto, come ne avea il diritto, togliere alle parti la facoltà di derogare a quanto esso ha disposto, per lo che deve reputarsi contro l'ordine pubblico se, nell'attualità mentre vige il divieto del legislatore, si volesse costituire un'enfiteusi coll'obbligo di pagare una prestazione al concedente in caso di trasmissione del fondo enfiteutico, ma non si può reputare offeso l'ordine pubblico, se la prestazione, dovuta in base a rapporti contrattuali non soggetti all'impero della legge nostra, sia domandata ed imposta all'enfiteuta. Tanto è ciò vero, che rispetto alle stesse enfiteusi costituite in Italia prima della promulgazione del Codice civile, e per le quali in virtù della legge sotto di cui furono costituite era dovuta la prestazione, il diritto del concedente ad ottenerla è stato rispettato, non ostante che la trasmissione sia venuta a verificarsi dopo il cominciato vigore del Codice vigente. Dalle quali cose noi deduciamo, che il pagamento della prestazione dovuta in base ai rapporti contrattuali non può essere riguardato di per sè stesso come contrario all'ordine pubblico, o come se arrecasse offesa al diritto sociale. Quello che, dobbiamo ripeterlo, offenderebbe l'ordine pubblico sarebbe lo stipulare il contratto sotto l'impero del Codice italiano coll'obbligo della prestazione, essendo tale patto nell'attualità inibito dal legislatore.

Per le quali cose tutte dobbiamo concludere, che, qualora l'enfiteusi su di un fondo situato in Italia fosse stata costituita all'estero fra due stranieri sotto l'impero della legge ivi vigente, la quale riconoscesse il diritto del concedente di ottenere dall'enfiteuta il laudemio, tale diritto dovrebb'essere riconosciuto, anche se intorno ad esso si discutesse dinanzi ai tribunali italiani, e che non sarebbe una valida eccezione per rifiutare il pagamento il non essere dovuta alcuna prestazione al concedente a norma della legge italiana, e l'essere contrario all'ordine pubblico il derogare al divieto del legislatore, imperocchè, pel dato e fatto che il contratto sia stato concluso sotto l'impero di legge estera; che il rispettare i rapporti contrattuali governati da legge estera non può sotto nessun rispetto ledere i diritti della sovranità

territoriale; che il pagamento della prestazione dovuta secondo il contratto non può reputarsi contro l'ordine pubblico (come in effetti non è stata reputata tale la prestazione dovuta in virtù dell'enfiteusi costituita nella stessa Italia sotto l'impero delle leggi anteriori), si dovrà da tutto ciò dedurre doversi ammettere l'autorità della legge estera onde determinare a norma di essa i diritti acquisiti al momento, in cui sotto l'impero della medesima l'enfiteusi fu costituita.

I principii esposti ci sembrano sufficienti a risolvere le altre controversie, che potrebbero sorgere. Dovrà in ogni caso valere il principio che la legge estera, dato che si debba presuntivamente ritenere accettata dalle parti stesse per supplire a quanto non sia stato da esse espressamente convenuto, potrà avere autorità per decidere a norma di essa ogni controversia d'interesse privato tra le parti.

874. Il diritto di superficie è pure un diritto reale, *jus in re aliena*. Il Codice neerlandese, il quale se ne occupa in un titolo speciale, lo definisce un diritto reale che consiste nell'avere costruzioni, opere o piantagioni su di un fondo appartenente ad altri (1). Noi non stimiamo necessario discorrere di proposito di esso, imperocchè i principii che abbiamo esposti a riguardo dell'usufrutto e dell'enfiteusi possono essere sufficienti per risolvere le questioni che possono nascere tra colui che eserciti il diritto di superficie, e colui che possegga il fondo che ne sia gravato. Deve ammettersi anche a riguardo di tale diritto reale l'autorità della legge personale per la capacità di costituirlo, quella della *lex locis contractus*, e quella della legge territoriale, tenendo conto delle distinzioni che abbiamo già fatte.

Il diritto di superficie ha molte analogie con l'enfiteusi, quantunque questa abbia per oggetto il suolo e quello il soprasuolo, e perciò che i conflitti che possono nascere, nel caso che la legge alla quale sono sottoposti il *superficiarius* e il *dominus soli* sia diversa da quella del luogo in cui si trovi l'immobile, sul quale il diritto di superficie sia stato stabilito, possono essere eliminati tenendo presenti i principii che abbiamo esposti a riguardo dell'enfiteusi.

---

(1) Vedi il titolo II, art. 758-766.

CAPITOLO VII.

Della legge che deve regolare le ipoteche.

875. Concetto generale dell'ipoteca. — 876. Non può ammettersi che debba essere retta in tutto dalla *lex rei sitae*. — 877. Autorità dello statuto personale circa la capacità delle parti, e dello statuto reale circa i beni suscettibili d'ipoteca. — 878. Della nave sotto tale rispetto. — 879. Dei diritti reali suscettibili d'ipoteca. — 880. L'ipoteca dell'usufrutto legale degli ascendenti deve dipendere dallo statuto personale.

875. Ogni persona, che abbia assunto un'obbligazione, è tenuta ad adempierla con tutti i suoi beni presenti e futuri, mobili o immobili, corporali o incorporali, e può essere legalmente costretta dal creditore, fino a quando non abbia interamente soddisfatto tutto quello, a cui si era obbligata. Si può dire quindi in generale, che i beni del debitore siano la garanzia del creditore; però siccome questi non acquista alcun diritto reale sulle cose appartenenti al debitore, ma soltanto il diritto di costringerlo all'adempimento dell'obbligazione con tutti i beni, ch'esso possiede, così questa garanzia generale che affetta i beni indirettamente ed in conseguenza dell'obbligazione personale, non origina nessun *jus in re aliena*, ma questo può nascere soltanto, quando o per convenzione delle parti o per disposizione della legge la cosa del debitore sia direttamente destinata alla soddisfazione del debito. In questo caso il creditore acquista un diritto reale, di cui è oggetto immediato la cosa, ed in virtù di esso ha il diritto di perseguitarla nelle mani di chiunque essa possa trovarsi, fino a tanto che non abbia ottenuto il pagamento del suo credito. Questo è un vero *jus in re aliena*, che limita e modifica il diritto di proprietà nel senso che colui, al quale la cosa appartenga, non può alienarla e trasferirla altrimenti, che gravata dall'onere del pagamento, come d'altra parte poi al creditore spetta la facoltà di perseguitare la cosa senza preoccuparsi della persona, che la possegga, e, valendosi di tutti i mezzi consentiti dalla legge, farla vendere a fine di appropriarsene il prezzo fino alla concorrenza del suo credito senza alcuna deduzione.

Cotesto diritto reale sulla cosa altrui può essere costituito mediante l'ipoteca, la quale può derivare dalla convenzione espressa conclusa fra le parti, dalla legge, e da una sentenza giudiziaria. Qualunque però sia il titolo da cui essa derivi la sua natura propria consiste sempre nell'*jus in re aliena* costituito a vantaggio di un creditore per assicurare sulla cosa gravata dall'ipoteca il soddisfacimento di un'obbligazione.

876. A noi incombe principalmente di esaminare come tale diritto possa essere costituito, quale debba essere la legge che deve regolare il titolo costitutivo di esso, e come poi tale diritto costituito possa farsi valere a riguardo dei beni, che formino l'oggetto di esso, e come dev'essere esercitato, quando sia il caso di procedere agli atti di esecuzione contro i beni gravati dal pagamento, ed espropriarne il loro possessore. Non possiamo infatti ammettere in massima che, quando l'ipoteca sia costituita sopra beni immobili, tutto debba dipendere dalla *lex rei sitae*, imperocchè occorrerà pure di fare le necessarie distinzioni desumendole dalla natura dei rapporti giuridici a fine di determinare l'autorità della legge a riguardo di ciascheduno di essi. Può anche rispetto all'ipoteca ammettersi dentro i giusti limiti il rispetto dell'autonomia delle parti, in quello che concerne i loro interessi privati, e che non affetta menomamente gl'interessi sociali, e i diritti dei terzi, come d'altra parte poi l'autorità assoluta ed esclusiva della legge territoriale dev'essere riconosciuta in tutto quello, che essa dispone, a riguardo delle ipoteche, a fine di tutelare gl'interessi dei creditori chirografari e dei terzi.

877. Per quello che concerne la capacità delle parti a costituire validamente un'ipoteca mediante convenzione riesce chiaro che deve ammettersi l'autorità dello statuto personale a riguardo di ciascheduna di esse. Per quello poi che concerne i beni suscettibili d'ipoteca tutto deve dipendere dalla *lex rei sitae*, perchè siccome questa deve governare la condizione giuridica delle cose, che si trovino nel territorio e tutto quello ch'essa dispone in ordine a ciò deve ritenersi statuito nell'interesse generale e per governare l'organamento della proprietà in rapporto al diritto sociale, così deve ammettersi che a seconda di essa bisogni decidere quali siano le cose suscettibili d'ipo-

teca. Conseguentemente non potrebbe mai essere concesso ad uno straniero d'invocare la sua legge personale a fine di costituire validamente l'ipoteca sulle cose mobili in Italia o in Francia, perchè, siccome, secondo la legge dell'uno e dell'altro paese, l'ipoteca non può essere costituita che sopra gl'immobili, e le disposizioni del Codice italiano e di quello francese, che escludono il diritto di perseguitare le cose mobili in mano dei terzi possessori in buona fede, sono di ordine pubblico, così è evidente, che deve ammettersi come assoluta l'autorità territoriale delle medesime.

878. Dobbiamo fare soltanto una riserva rispetto alle navi, perchè queste, anche quando si trovino temporaneamente nelle acque territoriali straniere, non possono essere reputate ivi localizzate e soggette alla legge territoriale. Abbiamo già detto innanzi che la nave è una cosa mobile di natura tutta speciale (1), e che bisogna ammettere rispetto ad essa la soggezione permanente alla legge dello Stato, di cui ha il carattere nazionale, all'impero della quale essa non è sottratta allorchè entri nelle acque territoriali straniere. Si deve conseguentemente decidere a norma della legge nazionale della nave se essa possa o no essere suscettibile d'ipoteca, e dato che essa possa essere tale, non se ne deve disconoscere l'efficacia solo perchè codesta nave si trovi nelle acque di uno Stato, la legge del quale non ammetta l'ipoteca navale.

Noi avevamo sostenuto tale opinione nella seconda edizione della presente opera (2), e siamo lieti che oggi confermandola possiamo addurre a sostegno di essa l'opinione d'insigni giuristi, i quali hanno con molti argomenti sostenuta la stessa teoria (3). Noi ritorneremo

(1) §§ 841-42-43.

(2) Vedi l'Appendice alla 2ª edizione, pubblicata a Firenze nel 1874, p. 582, e la traduzione francese fatta da Pradier-Fodéré (Paris 1875), pag. 670.

(3) Vedi Lyon-Caen, *Journal du droit intern. privé*, 1877, pag. 482 e seg., e la nota alla sentenza della Corte di Rouen, 31 luglio 1876; Sirey, 1877 (2, 129); Labbé, Nota alla sentenza della Corte di Caen, 12 luglio 1870; Sirey, 1871, 2, 57; Clunet, *Parere legale* nella causa decisa dalla Corte di Bruxelles, 27 dicembre 1879 (*Belgique judiciaire*, 1880, pag. 145 - *Atti del Congresso internazionale di Anversa* del 1885).

in seguito su tale soggetto esaminando in particolare la controversia circa l'efficacia dell'ipoteca navale (1).

879. Rispetto a certi diritti reali, i quali, secondo le leggi dei diversi paesi, possono essere oggetto dell'ipoteca, bisogna ritenere che deve dipendere altresì dalla legge territoriale il determinare se l'ipoteca rispetto a tali diritti debba o no essere ammessa. Così, ad esempio, deve dirsi dell'usufrutto dei beni immobili, che può essere oggetto di ipoteca secondo la legge italiana, come lo possono essere altresì i diritti del concedente e dell'enfiteuta sui beni enfiteutici. Ora riesce chiaro, che anche rispetto a tali e somiglianti diritti si deve decidere in conformità della *lex rei sitae* se possano essere suscettibili d'ipoteca, imperocchè siccome l'ipoteca, quando sia costituita, trasforma l'obbligazione personale attribuendo un diritto reale in virtù del quale il creditore, che ne è investito, può esercitare tutte le azioni che derivano dall'esecuzione forzata, ed è così posto in una condizione eccezionale rispetto ai creditori chirografari, che possono pure considerare tutti i beni del debitore, come destinati all'adempimento delle obbligazioni di lui, così si comprende, come gl'interessi sociali siano sempre in causa, quando si tratti di determinare che cosa possa essere oggetto d'ipoteca, laonde l'autonomia delle parti e la legge del contratto non possono avere autorità rispetto alla legge vigente nel luogo, ove l'esecuzione forzata dev'essere attuata.

Bisogna quindi ammettere in principio che, siccome la legge, la quale concede al creditore ipotecario l'esecuzione forzata sopra quello che sia stato destinato ad assicurare il soddisfacimento di un'obbligazione, toglie a tutti gli altri creditori il diritto di agire contro tali beni pel soddisfacimento delle loro obbligazioni, e toglie altresì al proprietario la libera disponibilità dei beni stessi, e siccome in tutto ciò è in causa l'interesse sociale e l'organamento dei diritti di proprietà, perciò tutto deve dipendere dalla *lex rei sitae*, e si dovrà conseguentemente decidere secondo questa, se un diritto reale sia suscettibile d'ipoteca, e così a riguardo dell'usufrutto, dell'uso, della abitazione, dell'enfiteusi e via dicendo.

---

(1) Vedi appresso § 4.

880. A questo principio può essere fatta non pertanto qualche eccezione. Ci sembra infatti, che, tenendo presente quello che abbiamo detto innanzi, che cioè l'usufrutto legale degli ascendenti debba dipendere dallo statuto personale, si può concedere che debba parimente applicarsi la legge regolatrice dei rapporti di famiglia per decidere (data l'ipotesi che l'usufrutto dei beni immobili possa essere ipotecato secondo la *lex rei sitae*) la controversia speciale, se cioè l'usufrutto legale degli ascendenti possa essere da essi ipotecato. Diciamo questo perchè, siccome abbiamo dimostrato innanzi, deve dipendere dalla legge personale il determinare non solo se al padre o alla madre debba essere attribuito il diritto di usufrutto sui beni del figlio, ma per determinare altresì l'estensione di tale diritto, dato che spetti al genitore. Conseguentemente essendo l'usufrutto del padre sommesso alla legge, che deve regolare i diritti di lui come amministratore, e gli obblighi imposti verso il figlio, dovrà dipendere dalla legge stessa il diritto spettante al padre di cedere, di alienare, d'ipotecare quella parte dell'usufrutto eccedente le spese necessarie per l'educazione. La legge territoriale dovrà avere autorità esclusiva quanto al determinare se l'usufrutto possa essere suscettibile d'ipoteca. Dato che essa, considerando l'usufrutto come uno smembramento della proprietà, conceda a colui che abbia la nuda proprietà dell'immobile di costituire su di esso l'ipoteca, e all'usufruttuario attribuisca pure tale diritto, la controversia poi se ne debba essere concesso l'esercizio anche a colui, che abbia l'usufrutto legale, non può essere reputata in attinenza cogl'interessi della sovranità territoriale, onde ammettere l'autorità della *lex rei sitae* anche riguardo a ciò, ma dev'essere bensì, come lo è, considerata in attinenza colla legge personale, la quale deve regolare la patria potestà e i diritti accessori della medesima, e quindi l'usufrutto stesso e la facoltà di alienare, cedere, ipotecare la parte eccedente ai bisogni dell'educazione.

§ 1°

Dell' ipoteca convenzionale.

881. Nell'ipoteca convenzionale deve ammettersi l'autonomia delle parti. — 882. Principio sancito dal Codice civile francese ed osservazioni critiche. — 883. Della legge che deve regolare l'ipoteca costituita con contratto fatto all'estero, e l'efficacia di essa. — 884. Come la forma del contratto dev'essere governata dalla legge territoriale. — 885. Si deve secondo questa decidere come l'ipoteca debba essere specificata. — 886. Il diritto di domandare l'iscrizione dell'ipoteca può essere fondato sul contratto fatto all'estero. — 887. Dell'ipoteca costituita mediante testamento e della sua efficacia.

881. Abbiamo già detto come l'ipoteca possa derivare da diversi titoli, e incominciando a discorrere di quella che può essere costituita mediante convenzione, notiamo, che quando le parti siano capaci, e i beni, tenendo conto dei principii esposti, siano da reputarsi suscettibili d'ipoteca, l'autonomia di esse dev'essere rispettata, e nulla può ostare che la convenzione, in virtù della quale l'ipoteca sia stata costituita, sia stata fatta all'estero. Diremo or ora a quali condizioni deve essere subordinata l'efficacia del contratto, ma in principio non si può ammettere che i contratti fatti in paese straniero ed in virtù dei quali sia stato sottoposto ad ipoteca un immobile esistente in uno Stato, non debbano essere reputati come titolo per costituire l'ipoteca (1).

882. Nel Codice civile francese si trova sancita una regola perfettamente contraria all'articolo 2128, il quale dice: « Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités ».

Si è cercato di giustificare questa massima colla considerazione che l'ipoteca è di diritto civile, e che non può valere sul territorio

(1) Confr. Milhaud, *Principes du droit international privé dans leur application aux hypothèques ;* Weiss, *Traité du droit international privé*, p. 790; Despagnet, *Précis du droit international privé*, § 608; Laurent, *Droit civil international*, t. VII, § 366 e seguenti; Brocher, *Droit international privé*, § 265.

soggetto all'impero di estera sovranità; che il diritto che acquista un privato di espropriare e vendere un immobile importa giurisdizione ed atti di esecuzione, i quali non possono essere autorizzati da un Sovrano o dagli uffiziali pubblici di esso a riguardo di beni situati in altro Stato; che gli atti fatti dagli uffiziali pubblici stranieri per costituire l'ipoteca non possono essere reputati come rivestiti della stessa autenticità di quelli fatti dagli uffiziali dello Stato. Questi e tutti gli altri argomenti sono però fondati sulla confusione fatta tra l'ipoteca, in quanto è un diritto reale, e l'efficacia dell'azione reale, che può derivare dall'ipoteca, quando debba ritenersi validamente costituita.

In sostanza la disposizione dell'art. 2128 è un'infelice rimembranza dell'ordinanza del 1629 (*Code Michaud*) la quale stabiliva all'art. 121: « Les contrats ou obligations reçues en royaumes et souverainetés étrangères pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en France, mais tiendront (les contrats) lieu de simples promesses ». Ma è un controsenso richiamarla in vigore ai tempi nostri per sostenere che l'ipoteca convenzionale stipulata all'estero non debba produrre effetto, e che il creditore ipotecario debba essere costretto a convenire il suo debitore innanzi al magistrato francese, e farlo condannare per ottenere così un'ipoteca per sentenza giudiziaria. Ciò offende la buona fede, colla quale si devono garantire tutti i diritti, che derivano da un'obbligazione validamente contratta, ed è inconciliabile colla dottrina moderna.

Quando il sistema ipotecario della Francia era retto dai principii dell'antica legislazione; quando tutti gli atti notarili producevano di diritto l'ipoteca su tutti i beni presenti e futuri, indipendentemente dalla stipulazione e dall'iscrizione nei registri pubblici, era facile confondere due cose essenzialmente distinte, l'ipoteca, cioè, e la sua forza esecutoria, e stabilire come regola che gli atti notarili fatti all'estero non potevano produrre ipoteca. Ma sotto il regime ipotecario moderno il creditore, per rendere efficace il suo diritto, deve prendere l'iscrizione nei registri pubblici e rinnovarla, in modo che l'ipoteca prende grado e produce effetto dal momento dell'iscrizione. Egli può fare subastare l'immobile obbligato in garanzia del suo credito, quando non sia stato pagato, però non può fare tutto ciò di sua privata autorità,

ma deve promuovere un giudizio di espropriazione innanzi all'autorità giudiziaria, seguitando una procedura determinata dalla legge per ottenere una sentenza che autorizzi la vendita, e per ottenere il pagamento del suo credito in concorrenza degli altri creditori ipotecari, che presero grado per i loro diritti sullo stesso immobile. Tutti gli atti di esecuzione dunque, che derivano dal diritto d'ipoteca, sono nel fondo e nella forma soggetti alla legge ed all'autorità del magistrato locale, e non dipendono in nessuna guisa dal sovrano, o da uffiziali pubblici stranieri.

883. Per risolvere la questione in conformità dei principii del diritto moderno è mestiere distinguere innanzi tutto l'ipoteca (in quanto è diritto reale costituito mediante contratto dal proprietario della cosa), dall'efficacia di essa, e dall'esercizio dell'azione ipotecaria, che ne deriva. Il diritto reale può nascere dalla convenzione validamente conclusa. Nella stessa guisa che il proprietario può disporre liberamente della cosa sua, donarla, alienarla, può altresì assegnarla al suo creditore per assicurare su di essa il soddisfacimento della sua obbligazione, e, quando l'atto debba ritenersi giuridicamente valido, l'autonomia delle parti per tutto ciò che attiene alla costituzione del diritto, deve ammettersi, come la si ammette a riguardo di ogni diritto compreso in quello di proprietà.

Siccome poi da cotesto diritto deriva l'azione reale, in virtù della quale il creditore può agire contro la cosa ipotecata, chiunque ne sia l'attuale possessore e ottenere che questi la rilasci o soddisfi il debito, e siccome quest'azione, a causa dell'avere per oggetto l'immobile, deve necessariamente essere esercitata là ove esso si trovi, così è giocoforza ammettere, che tale azione debba essere sommessa alla *lex rei sitae*, non solo per quello che concerne i modi di esercitarla, ma per quello altresì che concerne i requisiti che deve avere il titolo, sul quale essa sia fondata, e quindi per tutto quello che riguardi l'efficacia del titolo stesso.

Ammettiamo anche noi l'autorità esclusiva della *lex rei sitae* rispetto all'ipoteca, ma nel senso soltanto che il diritto, benchè validamente costituito, non possa essere efficace che sotto le condizioni stabilite dalla *lex rei sitae* per tutelare gl'interessi sociali e i diritti dei

terzi, e quindi per quello che concerne la pubblicità dell' iscrizione, per quello che concerne le formalità occorrenti per promuovere il giudizio di espropriazione, e la tutela dei diritti dei terzi. Ma a riguardo della costituzione dell' ipoteca convenzionale non ci pare che possa essere fatta alcuna differenza tra quella costituita mediante atto fatto nello Stato, ove si trovi l'immobile, e quella stabilita mediante atto fatto all'estero; ammettiamo invece, che quando l'atto fatto in paese straniero sia idoneo per la sua forma estrinseca a far fede della costituzione dell' ipoteca, e l'interessato domandi di uniformarsi a quanto prescrive la legge territoriale onde rendere efficace così il suo diritto, e voglia procedere alla iscrizione, questa non debba essere a lui negata per la sola ragione che l'atto di costituzione sia stato stipulato all'estero.

Non ci pare neanche che, per attribuire all'atto fatto all'estero tale virtù, debba essere necessario di osservare le forme procedurali sancite dalla *lex rei sitae* a riguardo dei contratti fatti all'estero che si vogliono portare ad esecuzione, imperocchè questo pure equivarrebbe a confondere il diritto d'ipoteca con l'azione ipotecaria. L'ipoteca non è di per sè stessa atto di esecuzione, essendochè, considerata in sè stessa, essa non sia che un rapporto convenzionale, in virtù del quale il soddisfacimento di un' obbligazione è assicurato su di una cosa determinata. Il creditore non acquista in virtù dell' ipoteca il diritto di appropriarsi l'immobile, nè quello di venderlo per appropriarsene il prezzo, ma acquista soltanto il diritto di promuovere l'azione dinanzi all'autorità competente, dato che egli abbia fatto prima tutto quello, che secondo la legge territoriale è richiesto a fine di rendere il suo diritto efficace, e, fatto questo, che abbia poi osservata la procedura stabilita dalla legge territoriale per ottenere prima la sentenza di espropriazione e poi effettuare la vendita dell' immobile in esecuzione della sentenza.

Riesce chiaro che l' ipoteca non è quindi atto di esecuzione, e neanche si può al certo reputare tale l' iscrizione dell' ipoteca nei registri pubblici, dato che la legge territoriale esiga tale sistema di pubblicità per l'efficacia dell' ipoteca e per stabilire il grado dei debitori ipotecari. L'iscrizione dev'essere senza dubbio riguardata come condizione indispensabile per constatare il vincolo ipotecario e per

conservare tutti i diritti che da esso derivano, per lo che è evidente che, ovunque l'ipoteca convenzionale fosse stata costituita, il creditore non potrebbe renderla efficace ed effettiva che osservando le formalità di pubblicità richieste dalla *lex rei sitae*, di fronte alla quale egli deve farla valere: ma l'osservare tali formalità, l'iscrivere l'ipoteca nei registri o renderla pubblica altrimenti sono le condizioni per conservare i diritti acquisiti mediante il contratto, ma non attribuiscono diritti di esecuzione, nè l'iscrizione è di per sè stessa atto di esecuzione. Dal che ci pare dovere concludere che al creditore, che abbia acquistato l'ipoteca mediante contratto fatto all'estero non possa essere negato di fare senz'altro quanto secondo la *lex rei sitae* è richiesto per conservare il suo diritto, nè deve occorrere conseguentemente che al contratto straniero sia data la forza esecutiva, ma si può richiedere soltanto che l'atto esibito per la sua forma estrinseca abbia i requisiti richiesti secondo la *lex rei sitae* per potere far fede della costituzione dell'ipoteca, e domandarne la pubblicazione nei registri pubblici.

Soltanto quando il creditore, fondandosi sull'iscrizione volesse in virtù di essa procedere agli atti per promuovere il giudizio di espropriazione dinanzi all'autorità competente, o per mantenere il suo grado rispetto agli altri creditori, allora solamente, trattandosi di esercitare un'azione reale e di procedere agli atti di esecuzione, siccome il diritto stesso d'ipoteca e l'iscrizione sarebbe fondato su di un contratto fatto all'estero, allora soltanto sorgerebbe la necessità di attribuire innanzi tutto a tale contratto la sua forza esecutiva, osservando le procedure stabilite dalla legge territoriale per attribuire efficacia agli atti fatti all'estero onde valutare poi se l'iscrizione presa debba essere reputata efficace secondo la *lex rei sitae* in confronto dei terzi, che sullo stesso immobile accampassero diritti reali.

In questa maniera soltanto a noi sembra che debba essere determinato il campo, dentro cui debba avere autorità esclusiva la legge territoriale. Noi quindi opiniamo che la *lex rei sitae* debba governare tutte le condizioni necessarie onde rendere efficace ed effettivo il diritto reale, che debba governare altresì tutte le procedure a riguardo dell'azione reale e che bisognerà inoltre attenersi ad essa per decidere a riguardo dell'efficacia estraterritoriale del contratto

fatto all'estero, ed a riguardo delle formalità che si dovranno osservare per attribuirgli la forza esecutiva nel paese, ove il creditore intende agire contro la cosa ipotecata.

884. Applicando questi principii ne deriva che, qualora secondo la legge territoriale fosse richiesta una determinata forma di contratto per costituire un'ipoteca convenzionale, questa non potrebbe essere costituita mediante contratto fatto all'estero, se questo non fosse compilato nella forma richiesta. Conseguentemente, se si trattasse a modo di esempio di costituire l'ipoteca su di un immobile esistente in Italia, siccome a norma dell'articolo 1978 del Codice civile l'ipoteca convenzionale può essere costituita per atto pubblico o per scrittura privata, così l'atto scritto dovrebbe essere reputato indispensabile, e non potrebbe quindi ammettersi altra forma di convenzione, quantunque il contratto fosse stato concluso sotto l'impero di una legge, che disponesse diversamente. Come d'altra parte poi, se si trattasse di stabilirla su di un immobile esistente in Francia, ove secondo l'articolo 2127, è richiesto l'atto autentico per stabilire l'ipoteca convenzionale, non potrebbe essere sufficiente la scrittura privata, se il contratto fosse stato fatto in Italia, perchè, siccome la forma del contratto in tale circostanza non potrebbe essere equiparata alle forme esteriori, di fronte alle quali deve ammettersi la regola *locus regit actum*, ma sarebbe invece determinata dal legislatore come forma necessaria della legittima manifestazione del consenso per la costituzione dell'ipoteca, così dovrebbe ritenersi che questa non potesse essere consentita, che nella forma dell'atto autentico. S'intende bene però che si debba tener presente la regola *locus regit actum* per determinare se l'atto fatto all'estero abbia i caratteri dell'autenticità, e quindi questa deve dipendere dalla legge del luogo, ove del contratto sia avvenuta la compilazione.

Per quello che concerne poi l'efficacia estraterritoriale del contratto, tenendo presente il principio più volte enunciato, che non possono essere reputati efficaci i contratti fatti in paese straniero in virtù dei quali siano attribuiti diritti reali sulle cose esistenti all'estero in opposizione con quanto dispone la *lex rei sitae*, si può con ragione sostenere che lo stesso dev'essere del contratto con cui l'ipoteca sia stata costituita. Laonde deve ammettersi che disponendo la legge

italiana all'art. 1977, che l'ipoteca convenzionale non possa essere costituita sui beni futuri, non si potrebbe concedere, che in virtù di un contratto fatto sotto l'impero di legge diversa potessero essere gravati d'ipoteca gl'immobili esistenti in Italia, che non fossero effettivamente e nell'attualità nel patrimonio del debitore.

885. Bisogna pure ritenere, che l'immobile sottoposto all'ipoteca debba essere specificamente designato a norma di quanto sia prescritto dalla *lex rei sitae*, senza di che non potrebbe essere concesso di costituire validamente su di esso l'ipoteca convenzionale. La ragione è sempre la stessa, che cioè le disposizioni, che concernono tale materia, provvedono a tutelare direttamente gl'interessi sociali e i diritti dei terzi. Rispetto a questi l'ipoteca convenzionale, in virtù della quale i diritti spettanti a tutti i creditori sui beni del loro debitore comune sono sostanzialmente modificati, non può sussistere che sotto le condizioni stabilite dalla *lex rei sitae*. Conseguentemente s'invocherebbe invano la legge del contratto, secondo la quale ammettiamo per supposizione che fosse concesso di pattuire l'ipoteca generale su tutti i beni, a fine di far valere tale contratto onde ritenere fondato su di esso l'ipoteca su tutti i beni appartenenti al debitore. L'autorità della legge territoriale, che impone la specificazione per tutelare i diritti dei terzi, dev'essere assoluta, e non si può derogare a quanto essa dispone invocando leggi straniere. Così dovrà dirsi pure della specificazione della somma di danaro dovuta dal debitore e garantita dall'ipoteca. Essendo prescritto, ad esempio, a norma della legge italiana, art. 1972 (1), che il debito dev'essere determinato e specificato nell'atto costitutivo o dichiarativo del credito, o in un atto posteriore, la specificazione della somma dovuta, dovendo essere reputata come uno degli elementi essenziali per potere gravare d'ipoteca un immobile esistente in Italia, riesce chiaro che mancando tale elemento indispensabile non possa ammettersi la valida costituzione di un'ipoteca convenzionale.

886. Dato ora che il contratto fatto all'estero abbia tutti gli elementi richiesti secondo la legge territoriale, a norma di quanto abbiamo detto, deve ammettersi, che, siccome pel rispetto dovuto all'autonomia

---

(1) È conforme l'art. 2132 del Codice civile francese.

del proprietario deve essere a questi concesso di disporre liberamente dell'immobile, che gli appartiene e di trasferire ad altri i diritti che ha su di esso, e la convenzione fatta a riguardo di ciò dev'essere senza altro rispettata, anche quando ne sia avvenuta la conclusione all'estero, così dev'essere del patto relativo all'ipoteca. Laonde, siccome colui che in virtù del contratto acquistò dei diritti, può farli valere ed esercitare tutte le facoltà, che secondo la legge da tali diritti conseguono, così dev'essere dell'ipoteca e del diritto di renderla pubblica portandola a conoscenza dei terzi mediante l'iscrizione. Il creditore dovrà naturalmente assoggettarsi alla *lex rei sitae* per portare a conoscenza dei terzi interessati il diritto d'ipoteca da lui acquistato, dovrà sottostare a tutte le conseguenze, che potessero derivare dall'omessa pubblicazione dell'ipoteca o dall'inadempimento delle disposizioni della *lex rei sitae* a riguardo delle forme richieste per la pubblicità, dovendo ammettersi anche a riguardo di ciò l'autorità esclusiva della legge territoriale, ma non gli potrà essere negata la facoltà di far valere il suo diritto di pubblicare senz'altro l'ipoteca fondandolo sul contratto fatto all'estero, il quale dev'essere reputato di per sè stesso titolo sufficiente per procedere all'iscrizione dell'ipoteca.

887. L'ipoteca, oltre che mediante la convenzione può a norma di certe leggi essere costituita mediante testamento. Così avviene, ad esempio, secondo la legge belga, la quale con l'art. 44 dispone che il testatore può costituire col testamento l'ipoteca sopra uno o più immobili specificatamente da lui designati, a fine di garantire i legati da esso fatti. Può quindi sorgere la difficoltà, se l'ipoteca costituita mediante testamento possa attribuire il diritto reale, che da essa deriva, nel territorio di uno Stato, ove secondo la legge non sia ammessa l'ipoteca testamentaria.

A noi sembra, che per risolvere tale dubbio sia necessario fare alcune distinzioni. Ed innanzi tutto, poichè è necessario di ritenere come principio, che la facoltà di costituire l'ipoteca testamentaria debba essere retta dagli stessi principii che devono governare il trasferimento della proprietà nella successione *causa mortis*, così non può ammettersi che uno facendo testamento nel Belgio possa valersi della legge ivi vigente per costituire l'ipoteca testamentaria.

Come diremo in seguito le successioni testamentarie, per quello che concerne la validità delle disposizioni, debbono essere regolate dalla legge personale del *de cujus* e non già da quella del paese, ove il testamento sia stato fatto, o dove i beni ereditari si trovino. Ritenendo per ora come stabilito questo principio, a noi sembra, che in massima la legge stessa, che deve regolare il diritto del *de cujus* a trasferire la proprietà mediante testamento, debba regolare altresì la facoltà di lui a trasferirla gravata di un diritto reale, come sarebbero l'usufrutto, l'enfiteusi, o l'ipoteca. Considerando che tale diritto deve ritenersi compreso in quello assoluto di proprietà, ci pare, che quando il proprietario, a norma della legge, alla quale dev'essere sommessa la successione, abbia il diritto di fare codesto trasferimento, la sua autonomia in ordine a ciò non possa essere limitata per la considerazione che i beni si trovino in un paese straniero.

Bisognerà però anche a riguardo di questo titolo costitutivo dell'ipoteca applicare i principii, che abbiamo già esposti a riguardo del contratto fatto all'estero. Conseguentemente non potrà ammettersi validamente costituita l'ipoteca testamentaria in forza della legge del *de cujus*, se dall'ammettere ciò ne potesse derivare lesione dei diritti dei terzi tutelati dalla legge territoriale. Tale, ad esempio, sarebbe il caso di un testatore, che col testamento potesse gravare un immobile dell'eredità dell'ipoteca a favore di un creditore chirografario. Se tale disposizione assumesse la forma di un legato vero e proprio la cosa sarebbe ben diversa, ma se esso potesse costituire un'ipoteca a vantaggio di uno, ch'era semplice creditore, non si potrebbe al certo ammettere che tale ipoteca testamentaria potesse essere efficace sull'immobile esistente in altro paese, ove tale forma di costituzione dell'ipoteca non fosse riconosciuta dalla legge. La ragione è evidente. L'ipoteca trasforma la condizione giuridica dei creditori a riguardo dei beni del loro debitore comune, ponendo il creditore ipotecario in una posizione sostanzialmente diversa rispetto a quelli chirografari, ed è naturale che la posizione giuridica dei creditori rispetto ai beni esistenti in un paese, ed i diritti acquisiti da essi sotto la tutela della *lex rei sitae*, non possano essere modificati o trasformati in forza di legge straniera.

Qualora invece l'ipoteca testamentaria potesse essere costituita solo per garantire i legati, e il testatore avesse specificato gl'immobili ch'egli intendesse gravare della garanzia reale per il loro soddisfacimento, non potrebbe, a noi pare, essere disconosciuto il testamento come titolo della costituzione dell'ipoteca. Non vi sarebbero invero ragioni per disconoscerlo. Rispetto al proprietario il diritto di fare ciò deve ritenersi compreso in quello assoluto di proprietà. Rispetto agli eredi non si può al certo menomare l'autonomia del testatore di trasferire ad essi gl'immobili, che gli appartengano, gravati degli oneri che esso voglia imporre; rispetto ai terzi nessun pregiudizio ne potrebbe derivare, perchè la condizione dei creditori chirografari resterebbe immutata. Potendo essi far valere i propri diritti prima dei legatari, l'ipoteca a questi accordata non potrebbe pregiudicare i loro interessi. Ammettiamo quindi che il testamento possa essere titolo costitutivo dell'ipoteca, purchè però la disposizione testamentaria abbia i requisiti del patto convenzionale, vale a dire la specificata designazione dell'immobile gravato d'ipoteca e la somma legata per la quale l'ipoteca deve ritenersi costituita. Occorrerà sempre poi che i legatari si assoggettino alla *lex rei sitae* per la pubblicità dell'ipoteca e a tutto quello che abbiamo detto innanzi a riguardo dell'ipoteca derivante dalla convenzione.

§ 2°

Dell'ipoteca legale.

888. Concetto generale dell'ipoteca legale. — 889. Teoria degli scrittori circa la legge che deve regolarla. — 890. Principii sanciti dai tribunali francesi e fondamento giuridico dei medesimi. — 891. Come la questione debba essere posta sotto il giusto punto di vista. — 892. Opinione nostra circa il fondamento dell'ipoteca legale. — 893. Questa può derivare da legge estera. — 894. Si esamina il caso dell'ipoteca legale spettante alla donna maritata, e si determina la legge che deve regolarla. — 895. Applicazione della nostra teoria nel sistema del Codice civile italiano. — 896. Ipoteca legale dovuta agl'incapaci — 897. Esame critico dell'opinione di Laurent a proposito dell'ipoteca legale spettante ad un minore belga sui beni del tutore situati nei Paesi Bassi. — 898. L'ammettere l'autorità della legge personale circa il diritto d'ipoteca non implica offesa ai diritti della sovranità territoriale. — 899. Si applica

888. L'ipoteca legale è quella che deriva immediatamente dalla legge che è il suo titolo costitutivo.

Sono varie le cause da cui secondo le leggi dei diversi paesi deriva l'ipoteca legale. Secondo il diritto romano ve n'erano parecchie e alcuni ne hanno enumerate fino a ventisei (1). Nelle legislazioni moderne il numero è più limitato. Il Codice civile italiano dà l'ipoteca legale: 1° Al venditore o altro alienante sopra gl'immobili alienati per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione; 2° Ai coeredi, soci od altri condividenti sopra gl'immobili caduti nell'eredità, società o comunione pel pagamento dei rifacimenti o conguagli; 3° Al minore e all'interdetto sui beni del tutore; 4° Alla moglie sui beni del marito per la dote e i lucri dotali; 5° Allo Stato sopra i beni dei condannati per la riscossione delle spese di giustizia (art. 1969).

Il Codice Napoleone attribuisce l'ipoteca legale alla donna maritata sui beni del marito, al minore e all'interdetto sui beni del tutore, allo Stato, ai Comuni e stabilimenti pubblici sui beni dei loro ricevitori o amministratori (art. 2121). Si può considerare come un'ipoteca legale quella che ha il legatario sugl'immobili della successione pel pagamento del suo legato (art. 1017). Al venditore poi sull'immobile venduto pel pagamento del prezzo ed ai coeredi sugl'immobili della successione quel Codice dà un privilegio (art. 2103), che degenera in semplice ipoteca e prende grado dal giorno dell'iscrizione, se non fu iscritto nel tempo fissato per la sua conservazione (art. 2113).

889. Si ammette generalmente, che l'ipoteca legale sia un'istituzione di Diritto civile (2), e coloro che così la pensano, sostengono che essa deve essere governata dalla legge territoriale. Osservano infatti che essa è accordata dalla legge avendo riguardo alla natura

---

(1) *Quibus causis pign. vel hypot. tac. contr.* (XX, 2).

(2) Conf. Aubry et Rau, t. I, p. 304, nota 62.

di certi crediti ed alla protezione dovuta dalla sovranità a certe persone, che perciò, siccome tutto dipende dalla volontà del legislatore, non si può ammettere che quello, che ciascuna legge dispone, possa valere sul territorio soggetto all'impero di sovranità straniera. Si è detto inoltre che le ipoteche legali sono d'interesse pubblico, perchè esse dipendono sempre o dalla protezione di cui sono meritevoli di fronte alla legge certi creditori, i quali non sono capaci di provvedere da sè stessi a garantire i propri interessi, o dalla considerazione che di per sè stessi meritano certi fatti giuridici, e siccome poi l'interesse pubblico deve predominare in ogni Stato sopra tutti gl'interessi privati, così le leggi, che stabiliscono le ipoteche legali, devono essere considerate come aventi autorità esclusiva sul territorio e facenti parte dello statuto reale.

890. Applicando questi principii i tribunali francesi hanno deciso, che a cagione dell'essere l'ipoteca legale un diritto civile, non poteva essere concesso agli stranieri d'invocare la propria legge a fine di godere in conformità di essa dell'ipoteca sugl'immobili esistenti in Francia, perchè a norma dell'art. 11 non può essere loro dato di godere dei diritti civili, che nel caso che un trattato diplomatico conceda lo stesso vantaggio ai Francesi nel loro paese, o che siano stati autorizzati a fissare il loro domicilio in Francia (1). Queste massime le troviamo stabilite nella sentenza della Corte di cassazione del 20 maggio 1862 (2), che è tra le più importanti in questa materia, e le troviamo poi confermate in molte altre sentenze (3).

Quei tribunali partendo dal concetto, che la legge che attribuisce l'ipoteca legale sia d'interesse pubblico, hanno da ciò dedotto, che gli stranieri, i quali sono ammessi al godimento dei diritti civili in Francia, hanno diritto di godere sugl'immobili ivi esistenti l'ipoteca legale a norma della legge francese, anche quando non spetti ad essi

---

(1) Conf. Milhaud, *Principes du droit international privé dans leurs applications aux privilèges et hypothèques.*

(2) Cass. 20 mai 1862, *Journal du Palais*, 1862, pag. 561.

(3) Paris, 20 août 1872, *Journal du droit international privé*, 1874, pag. 125; Douai, 29 décembre 1881, ivi, 1883, p. 511; Cass. 4 mars 1884; *Journal du Palais*, 1884-1-668.

a norma della loro legge personale o di quella del luogo ove nacque l'obbligazione garantita dall'ipoteca legale.

Conseguentemente la Corte di Algeri decise colla sua sentenza del 4 marzo 1860 che ad una moglie straniera doveva essere attribuita l'ipoteca legale sui beni del marito esistenti in Francia, perchè a norma dell'art. 3 del Codice francese gl'immobili devono sopportare tutti i gravami imposti dalla legge francese, e perchè l'ipoteca legale da questa attribuita alla donna maritata è ad essa attribuita per ragioni d'interesse pubblico, in considerazione cioè della speciale proezione dovuta alla donna unita in matrimonio.

La dottrina stabilita nelle sentenze dei tribunali francesi è stata la conseguenza della teoria tradizionale ammessa in Francia (1) e sostenuta dagli scrittori, i quali hanno fatto dipendere il godimento dei diritti spettanti agli stranieri dal modo diverso d'intendere la natura di ciascuno di tali diritti, secondo che cioè essi l'hanno considerato nella categoria di quelli da loro denominati diritti delle genti, o di quelli da loro denominati diritti civili. Ritenendo come sostanziale tale differenza nel sistema sancito dal legislatore francese (che colla disposizione dell'art. 11 nega in principio agli stranieri il godimento dei diritti civili, concedendo ad essi la facoltà di goderne sotto la condizione della reciprocità diplomatica stabilita mediante i trattati conclusi), era naturale che gli scrittori, i quali hanno riguardata l'ipoteca legale come un diritto civile, dovessero negarne in massima il godimento agli stranieri, o concederlo sotto la condizione della reciprocità diplomatica sancita dal citato art. 11, e questa è stata la teoria mantenuta da parecchi (2).

« È incontestabile, scrive Grenier, che il diritto civile di una nazione protegge unicamente i cittadini, pei quali questo diritto è sta-

---

(1) Confr. Bartolo, Sulla legge *cunctos populos; C., De summa trinit.*, n° 27; e Molineo, sulla stessa legge; Persil, *Quest. sur les privil. et hypot.*, lib. II, cap. 5, § 2; Balleroy De Renville, *Priv. et hypot.*, t. II, p. 232; Battur, *Traité des priv. et hypot.*, n° 310; Dalloz, *Répert., Hypot.*, n° 15; Chardon, n° 64; Tessier, n° 1091.

(2) Confronti Grenier, *Des hypothèques*, t. I, 246, 47; Battur, *Des hypothèques*, t. II, pag. 351; Dalloz, *Privil. et hypot.*, n° 868; Demolombe t. I, n° 88.

bilito, e che non può comunicarsi assolutamente ai cittadini di un altro Stato, ai quali tale diritto è estraneo ».

Gli altri invece, che hanno considerato l'ipoteca legale sugl'immobili soggetta allo statuto reale, hanno sostenuto, che in virtù dell'art. 3 del Codice francese, che assoggetta alla legge francese gli immobili esistenti in Francia, anche quando appartengano a stranieri, questi possano reclamare il beneficio dell'ipoteca legale sui beni situati in Francia fondandosi sulla legge francese, perchè l'ipoteca legale sugli immobili dev'essere retta dalla legge territoriale (1).

891. A noi non interessa discutere la questione sotto il punto di vista posto dagli scrittori francesi, perchè la differenza tra i diritti privati spettanti alle persone secondo il diritto civile o secondo il diritto delle genti non ha importanza nel sistema da noi seguito, nè c'interessa poi di discutere la controversia di fronte all'art. 11 del Codice civile francese, perchè la disposizione con esso sancita stabilisce una regola per i tribunali francesi, e le discussioni, che sono state fatte tra i giuristi a riguardo dell'interpretazione del mentovato articolo, concernono l'applicazione della legge sancita dal loro legislatore. Tralasciando quindi per ora di discutere la questione di fronte a questa o a quella legge, esaminiamo prima d'ogni altra cosa, se, secondo i principii del Diritto internazionale privato il diritto reale su di un immobile, derivante dall'ipoteca, possa essere fondato su di una legge straniera; o in altri termini esaminiamo se colui, che accampi di avere il diritto d'ipoteca, vale a dire la facoltà giuridica di considerare l'immobile, sopra di cui sia stato assicurato il suo credito come garanzia del soddisfacimento dell'obbligazione verso di lui contratta

(1) Confr. Merlin, *Répert.*, vº *Remploi*, § II, nº 9; Pont, *Privil. et hypot.*, nº 432; Troplong, *Priv. et hypot.*, 2, nº 513, ter.; Fœlix e Rocco, a fine di eliminare ogni inconveniente pensarono di sostenere che l'ipoteca legale della donna maritata deve essere subordinata a tre condizioni: che la legge del luogo in cui è situato l'immobile riconosca tale specie d'ipoteca; che l'ammetta pure la legge del domicilio della persona che vuole goderne; che esista un trattato fra i due Stati, il quale permetta a reciprocità il godimento di tale diritto alla donna maritata; Fœlix, *Revue des Revues de droit*, t. V, p. 119 e *Traité du Droit intern. privé*, t. I, § 67 e la Nota di Demangeat, ivi; Rocco, Parte 1ª, cap. VII; Parte 3ª, cap. III e XXII.

dall'obbligato, possa fondare tale diritto su di una legge straniera, che a lui lo abbia attribuito. Questa ci sembra la principale questione che convenga risolvere, esamineremo poi se il diritto reale così acquistato possa essere efficace di fronte alla legge dello Stato, ove l'immobile si trovi, e sotto quali condizioni colui, cui il diritto appartiene, possa renderlo effettivo, e farlo valere ed esercitarlo. Il non avere ben distinto il punto di vista, sotto di cui ciascuna di tali controversie dev'essere esaminata, ci sembra che sia stata la principale ragione, per la quale gli scrittori sono arrivati a conclusioni tanto disparate, che hanno resa poi discorde la stessa giurisprudenza.

892. L'ipoteca legale deriva dalla legge in tutti quei casi tassativamente determinati da ciascun legislatore, nei quali la legge stessa dispone doversi reputare come accessorio necessario dell'obbligazione personale la garanzia reale prestata dall'obbligato per assicurare verso il creditore il soddisfacimento dell'obbligazione da lui assunta. Ora conviene considerare, che, quantunque questo effetto derivi dalla legge, esso non si può riguardare come un privilegio, imperocchè la natura sua vera è piuttosto quella della convenzione tacita La garanzia legale è domandata infatti dalla pubblica autorità in nome e nell'interesse del creditore, ma, siccome essa è sempre l'accessorio dell'obbligazione personale da parte del debitore, e siccome questi poteva e non poteva porre liberamente il fatto, in virtù del quale sorgeva l'obbligazione da parte sua, così è giuocoforza ammettere, che coll'avere egli liberamente posto il fatto, da cui origini l'obbligazione, esso sia venuto così ad acconsentire tacitamente all'accessorio necessario della medesima, vale a dire alla garanzia reale a lui imposta secondo la legge, sotto cui l'obbligazione stessa divenne perfetta.

Considerata sotto questo punto di vista l'ipoteca legale non ha una base sostanzialmente diversa dall'ipoteca convenzionale. Essa non è infatti il favore, o il privilegio, ma l'effetto della tacita convenzione *quasi id tacite convenerint.*

È un principio incontestabile, che le obbligazioni poste in essere sotto l'impero della legge, a cui secondo la natura delle cose devono reputarsi soggette, devono essere da essa governate non solo per quello che concerne il loro valore giuridico, ma per quello altresì

che dev'essere reputato come elemento integrante dell'obbligazione stessa, e come accessorio necessario di essa, ed è per questo che le parti devono ritenersi obbligate non solo a quello che formò oggetto espresso della stipulazione, ma a quello altresì, che, secondo la legge deve ritenersi nella natura dell'obbligazione, e che perciò dev'essere reputato tacitamente consentito. Lo che disse con molta chiarezza Lauterbach: *Ea enim, quæ auctoritate legis vel consuetudinis contractum comitantur, eidemque adhærent, naturalia a doctoribus appellantur. Lex enim altera est quasi natura, et in naturam transit* (1).

Questo fu pure il concetto del giureconsulto Paolo, il quale reputava la tacita convenzione come fondamento dell'ipoteca legale a favore del locatore: *Item* QUIA CONVENTIONES ETIAM TACITE VALENT *placet in urbanis habitationibus locandis invecta et illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerint* (2). Così la pensa pure Negusantio giureconsulto italiano che nel XVI secolo scrisse un trattato pregevolissimo sotto il titolo *De pignoribus et hypothecis:* — *Lex in omnibus tacitis hypothecis* FINGIT PACTIONEM ET CONVENTIONEM *partium contrahentium, quamvis expressa non fuerit, et est perinde ac si in veritate hypotheca illa fuisset constituta per conventionem* (3).

893. Accettando il nostro ordine d'idee si può senza difficoltà ammettere in principio, che il diritto d'ipoteca legale, considerato come diritto alla garanzia reale può derivare dalla legge, a cui deve rimanere soggetta l'obbligazione, e che non può essere d'ostacolo che tale legge sia straniera, perchè, siccome le parti possono espressamente convenire circa le cose, che ad esse appartengono, sotto l'impero di una legge straniera, e possono far valere poi dovunque i diritti acquistati secondo la legge del contratto, così, se uno avesse assunta un'obbligazione verso di un altro secondo la legge personale, a cui entrambi fossero soggetti, ed in virtù di tale obbligazione l'altro avesse acquistato il diritto alla garanzia reale, tale diritto non potrebbe essere

(1) LAUTERBACH, *Dissert.*, 104, Parte 3ª, nº 58.
(2) L. 4, pr. Dig., *De pactis* (II, 14).
(3) I, *Partitio*, 4, nº 11.

disconosciuto, solo perchè fosse fondato sulla legge estera, perchè per dato e fatto dell'essere le persone all'impero di tale legge soggette dovrebbe pure ammettersi, che i diritti secondo essa legittimamente acquistati devono essere dovunque riconosciuti e rispettati, salvo però sempre le condizioni indispensabili per farli valere e per poterli esercitare.

894. Applicando questi principii ai diversi casi d'ipoteca legale bisogna ammettere, che per decidere in principio se alla donna maritata spetti o no l'ipoteca legale sui beni del marito, ovunque essi si trovino, conviene attenersi alla legge regolatrice dei rapporti di famiglia, e dei diritti patrimoniali dei coniugi, dalla quale ogni diritto relativo ai beni derivante dal contratto di matrimonio dev'essere regolato. Tale diritto non può essere fondato sulla legge del luogo, in cui si trovi l'immobile, imperocchè, quantunque l'ipoteca sia un diritto reale, pure essendo stabilita per garanzia di un'obbligazione personale il decidere, se essa debba o no essere reputata necessaria per tutelare i diritti della moglie, non può dipendere al certo dalla legge territoriale, ma deve dipendere unicamente dalla legge, che deve proteggere i diritti e gl'interessi della famiglia e dei membri da cui essa è costituita (1). Non può valere quello che scrive Troplong, che cioè derivando l'ipoteca legale dal fatto della celebrazione del matrimonio, ed essendo concessa dal legislatore per ragioni fondate sul diritto delle genti, dev'essere attribuita alla moglie straniera l'ipoteca sugl'immobili del marito situati in Francia, perchè la legge che ad essa tale diritto concede dev'essere riguardata come uno statuto reale, che affetta tutti gl'immobili esistenti sul territorio francese. Ci sembra veramente, che la confusa teorica della personalità e della realità delle leggi abbia potuto fuorviare uno dei più splendidi ingegni, un eminente giureconsulto, che alla scienza ha dato molti lumi, sopra tutto col suo profondo trattato sulle ipoteche. Ammettendo la dottrina di Troplong ne seguirebbe, che la donna neerlandese avrebbe l'ipoteca legale sui beni del marito situati in Francia, non ostante che la legge dei Paesi Bassi non dia alla moglie tale diritto,

(1) Cfr. la sentenza della Corte di Liège, 16 maggio 1823, *Pas. Belge*, 410.

e che essa l'avrebbe unicamente, perchè l'ipoteca legale è attribuita alla donna maritata dalla legge francese. Ma noi vorremmo domandare quale interesse può avere la sovranità francese d'ingerirsi dei rapporti patrimoniali di una famiglia straniera? È essa forse chiamata a decidere se per assicurare il soddisfacimento delle obbligazioni assunte col matrimonio da un marito straniero verso la moglie debba essere provveduto mediante una garanzia reale o altrimenti? È forse in causa l'interesse sociale e l'ordine pubblico onde giustificare così il proposito di volere assoggettare tutti ai precetti del legislatore francese? A noi non sembra, perchè siccome abbiamo dimostrato innanzi (1) i diritti dei coniugi, anche rispetto al patrimonio famigliare, devono essere retti dalla legge che deve governare la famiglia costituita, e che i diritti acquistati e l'autorità della legge, sulla quale essi siano fondati, devono ammettersi dovunque, purchè non ne derivi offesa al Diritto sociale o a quelli dei terzi garantiti dalla legge territoriale, e questo stesso principio manteniamo a riguardo dell'ipoteca legale attribuita alla moglie.

Ammettiamo anche a riguardo di essa l'autorità della *lex rei sitae*, ma sempre in virtù del principio, sul quale nel sistema da noi seguito dev'essere fondata l'autorità territoriale della legge. Così diciamo, che il diritto reale derivante dall'ipoteca in virtù di legge straniera non può essere efficace, che sotto le condizioni fissate dalla legge territoriale per rendere l'ipoteca effettiva e per tutelare i diritti e gl'interessi dei terzi. Conseguentemente, dato che la legge straniera non solo attribuisse l'ipoteca legale alla donna maritata, ma ammettesse altresì, che a vantaggio di essa l'ipoteca dovesse sussistere indipendentemente dalla pubblicità, ovvero dichiarasse l'ipoteca spettante alla donna maritata privilegiata, attribuendo ad essa un diritto di preferenza rispetto a tutti gli altri creditori ipotecari, in questi casi e negli altri ad essi somiglianti s'invocherebbe invano la legge straniera a fine di fondare su di essa diritti, il riconoscimento dei quali importasse diretta contraddizione con la legge territoriale, e con l'organamento del regime ipotecario secondo essa stabilito.

---

(1) Vedi la *Parte generale*, vol. I, p. 91, e il § 5° del cap. IV, lib. II, *Parte speciale*, di codesto volume, n° 632.

La nostra teoria quindi si riassume nella seguente maniera : la donna maritata deve poter godere dovunque del diritto d'ipoteca sui beni del marito, ogni qual volta che tale diritto sia attribuito a lei dalla legge, che regola il matrimonio e i diritti reciproci dei coniugi sui loro beni: ma, affinchè l'ipoteca possa essere efficace nel luogo, in cui si trova l'immobile ipotecato, è indispensabile di osservare tutte le disposizioni sancite dalla *lex rei sitae* per rendere l'ipoteca effettiva, ed uniformarsi poi a quanto essa dispone per potere promuovere ed esercitare l'azione ipotecaria.

895. Facendo l'applicazione degli esposti principii nel sistema del Codice civile italiano diciamo, che una donna soggetta a cagione del suo matrimonio al diritto romano, potrà in virtù di tale legge vantare il diritto d'ipoteca legale sui beni del marito situati in Italia per assicurare la restituzione della dote, delle donazioni *propter nuptias* e dei suoi beni parafernali, e che potrà avere tale ipoteca sui beni del suocero, se questi fosse obbligato alla restituzione della dote. Così pure, dato sempre il presupposto che il matrimonio sia retto dal diritto romano, dovrà pure ammettersi che il marito straniero potrà vantare il diritto d'ipoteca legale sui beni di colui, che fosse intervenuto nel contratto nuziale, e che si fosse obbligato a costituire la dote. In questi casi e negli altri somiglianti la controversia, se il diritto d'ipoteca legale possa o non possa spettare alla moglie o al marito, e quando debba essere attribuito all'una o all'altro, dovrà essere risoluta in conformità del diritto romano, a cui abbiamo presupposto sommessa la famiglia, e non già secondo il diritto italiano, per dato e fatto che l'immobile assegnato in ipoteca si trovi in Italia. Non potrebbe essere al certo il caso di sostenere, che dall'avere il legislatore italiano disposto con l'art. 7 che i beni immobili sono soggetti alla legge del luogo, ove sono situati, se ne possa dedurre, che i diritti privati sui medesimi debbano dipendere dalla legge nostra, imperocchè i diritti sulle cose possono derivare da diversi titoli, ed anche dalla legge estera, e devono essere riconosciuti sempre che da tale riconoscimento non derivi alcuna lesione del diritto sociale e delle leggi, cui dev'essere attribuito il carattere di reali o territoriali. Ma la detta donna non potrebbe al certo pretendere che la sua ipoteca dovesse

essere efficace in Italia indipendentemente da qualunque pubblicità, specificazione ed iscrizione, o che dovesse essere privilegiata in conformità di quanto dispone il diritto romano (1). Questo sarebbe invero il caso, in cui s'invocherebbe bene a proposito la massima sancita dal nostro legislatore, che cioè i beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo in cui sono situati, per dedurne, che nessuna legge straniera può derogare alla legge territoriale, che concerne gl'immobili, come si è quella che regola l'organamento del regime ipotecario degl'immobili esistenti nel nostro paese.

Il legislatore italiano, sanzionando il sistema della pubblicità e della specialità delle ipoteche, non ha mirato a provvedere agl'interessi privati di determinate persone, ma a tutelare bensì gli interessi generali, mettendo i terzi nella condizione di poter conoscere le ipoteche, di cui gl'immobili siano gravati, e impedire così che i creditori chirografari di buona fede potessero essere frustrati nei loro diritti da ipoteche occulte, contro gli effetti delle quali non avrebbero mezzo di garentirsi. Così pure avendo egli escluso che l'ipoteca della donna maritata potesse estendersi ai beni futuri non potrebbe essere concesso alla donna straniera, che vantasse il diritto d'ipoteca legale sui beni del marito, e che a norma della legge estera potesse estenderla ai beni futuri di lui, di fare ciò in Italia. Questo è evidentemente uno dei casi nel quale, a cagione del trovarsi la legge straniera in opposizione colla legge territoriale, non dev'essere applicata. Nessuna legge estera può attribuire diritti ai privati soggetti al suo impero, quando dal riconoscere tali diritti rispetto agli immobili esistenti in altro paese ne rimanga lesa la legge territoriale, che regola e tutela i diritti acquisiti dai terzi sugl'immobili stessi.

Alla stregua degli esposti principii a noi sembra avere determinato il limite dell'autorità della legge estera e quello della *lex rei sitae* a riguardo dell'ipoteca legale spettante alla donna maritata e colle stesse norme si può risolvere la controversia negli altri casi, nei quali l'ipoteca deriva dalla legge.

---

(1) L. 12, § 1, Cod. *Qui potiores in pignore habeantur* (VIII, 18), nov. 97, cap. II.

896. Uno dei motivi, pei quali i legislatori concedono l'ipoteca legale, è quello della protezione dovuta agl' incapaci di provvedere da sè stessi alla tutela dei propri interessi. Così la legge italiana, ad esempio, la concede al minore e all'interdetto sui beni del tutore, ed attribuisce conseguentemente al minore stesso o all'interdetto il diritto di domandare l'iscrizione senza bisogno di assistenza o di autorizzazione come attribuisce pure tale diritto ai parenti di essi (art. 1985). Le leggi di altri paesi non provvedono nella stessa maniera a tutelare gl'interessi degl'incapaci, così nel Codice dei Paesi Bassi non si trova, ad esempio, l'istituto dell'ipoteca legale degl'incapaci, come lo si trova nel Codice civile italiano, e da questo ne è derivata la difficoltà circa al decidere se il diritto del minore straniero a riguardo di ciò debba essere governato dalla legge territoriale o dalla legge personale di lui.

I tribunali francesi hanno risoluta la controversia in conformità della dottrina tradizionale, che cioè l'ipoteca legale, essendo un diritto civile, come la tutela stessa è un'istituzione di Diritto civile, al minore straniero non possa essere attribuito alcun diritto d'ipoteca, tranne che nel caso di tutela deferita in Francia a un francese o di tutela legale aperta in Francia sotto l'impero della legge francese, o rispetto ad incapaci autorizzati a stabilire il domicilio in Francia (1).

897. Laurent avendo proposta la quistione se gl'incapaci neerlandesi possano avere ipoteca legale sui beni del tutore situati nel Belgio, e se gl'incapaci belgi possano averla sui beni del tutore situati nei Paesi Bassi, risolve la seconda delle proposte quistioni negativamente, e trova ben fondata la teoria tradizionale. Egli osserva che non si può avere un diritto reale di preferenza, che in virtù dello statuto reale, che, se la *lex rei sitae* non ammette l'ipoteca legale in favore dei minori, i beni situati nel territorio, ove la legge impera, non possono essere gravati da questa ipoteca (2).

Dobbiamo osservare che non si può contestare in massima, che i diritti reali di preferenza debbano essere retti dalla legge territo-

---

(1) Confr. la sentenza della Corte di Bourges, 4 agosto 1874, *Journal de droit intern. privé*, 1876, pag. 31 e la nota ivi.

(2) *Droit civil international*, t. VII, § 397, pag. 471.

riale, e che non possano essere acquistati, che in conformità di quanto essa dispone. La questione però non ci sembra una questione di preferenza, e riteniamo meglio proporla sotto un altro punto di vista. Dato che la legge territoriale conceda di costituire l'ipoteca; ritenuto che debba decidersi a norma di essa circa le formalità indispensabili per costituirla, circa le preferenze che possono derivare dall'ipoteca costituita ed iscritta, il titolo di essa rispetto a un minore straniero nei suoi rapporti col tutore può essere la disposizione della legge sotto di cui la tutela deve ritenersi istituita?

Volendo risolvere tale questione nel sistema, che allontanandosi dalla teoria tradizionale ammette, che i diritti sui beni esistenti sul territorio di uno Stato possono derivare da una legge straniera, ci sembra, che non si possa escludere l'autorità della legge, che deve regolare la tutela, perchè siccome questa deve governare tutti i rapporti che ne derivano, e conseguentemente la natura e l'estensione delle obbligazioni del tutore, così deve valere ad attribuire al minore il diritto di domandare la garanzia reale sui beni del tutore. Colui che abbia assunto la tutela sotto l'impero di una legge, che assoggetti i suoi beni all'ipoteca, assumendola, deve ritenersi tacitamente obbligato a prestare la garanzia reale pel soddisfacimento delle proprie obbligazioni verso il minore. Nella stessa guisa che, se l'ipoteca fosse stata da esso consentita con patto espresso, il diritto che ne sarebbe nato a favore del creditore (sempre però sotto le condizioni stabilite dalla legge territoriale per renderlo effettivo ed efficace) dovrebb'essere riconosciuto e valere, così dovrebb'essere dell'ipoteca che non fosse stata espressamente pattuita a cagione dell'essere essa richiesta dalla pubblica autorità chiamata a provvedere alla tutela degl'interessi dell'incapace, e tacitamente consentita da colui che rispetto a questi divenne obbligato.

Posta la questione sotto tale punto di vista chiaro apparisce, come non possa essere mai il caso di applicare la legge territoriale, imperocchè, siccome la sovranità dello Stato, ove i beni esistono, non è chiamata a proteggere gl'interessi degli stranieri incapaci (dovendo a questo provvedere la sovranità dello Stato di cui la persona meritevole di protezione sia cittadina) così tutto deve dipendere dalla

legge personale, la quale deve regolare la tutela, come fu dimostrato innanzi (1). Posto che le garanzie stabilite da ciascuna legge nell'interesse degl'incapaci siano la conseguenza della loro condizione giuridica, ragion vuole, che la legge stessa, da cui deve dipendere ciascuna persona, e che deve governare tutto quello che concerne la condizione giuridica di lei, debba pure determinare se questa o quella guarentigia debba essere o no accordata in considerazione della condizione personale.

898. Non vale a contraddire tale nostro modo di vedere l'addurre, che l'ipoteca costituisce un diritto di preferenza rispetto ai creditori chirografari, e che nessun diritto di preferenza può essere attribuito sugl'immobili esistenti in uno Stato da legge straniera, imperocchè il diritto di domandare e di ottenere l'iscrizione dell'ipoteca non è di per sè stesso una preferenza, ma un *jus ad rem*, il quale non diventa effettivo e reale, che quando l'ipoteca sia iscritta e siccome abbiamo detto e ripetuto che l'iscrizione deve seguire in conformità della *lex rei sitae*, e che quando l'ipoteca sia iscritta il suo grado dev'essere determinato dalla legge territoriale, come deve dipendere da questa ogni procedimento per rendere l'ipoteca effettiva, e per promuovere l'espropriazione, così risulta chiaro come l'*jus in re* debba rimanere sempre sommesso alla *lex rei sitae*, e che tutto quello che noi sosteniamo, rispetto al diritto d'ipoteca legale di cui possono godere gl'incapaci, si riduce a questo, nell'ammettere cioè che il diritto a domandare e ad ottenere l'iscrizione può essere fondato sulla legge personale. Che conseguentemente, dovendo dipendere da questa, deve essere ammesso anche nei casi nei quali secondo la legge territoriale non fosse accordato lo stesso diritto. Per modo che la *lex rei sitae* dovrebbe esercitare la sua autorità per rendere efficace e per conservare il diritto conferito dalla legge personale, ma questa dovrebbe essere reputata come il titolo, da cui derivi il diritto d'ipoteca da essa conferita.

Non ci pare che accettando il nostro ordine d'idee possa derivarne offesa ai diritti della sovranità territoriale, o agl'interessi de'

(1) Vedi innanzi vol. I, n[i] 156 e 461 e seg.

terzi. Esaminiamo infatti lo stesso caso proposto da Laurent, quello cioè di un minore italiano, il quale intenda di prendere l'iscrizione sui beni del suo tutore esistenti nei Paesi Bassi, adducendo che tale suo diritto deriva dalla legge italiana, sotto di cui la tutela sia stata istituita.

899. Il Codice dei Paesi Bassi non ammette in verità l'ipoteca legale nella stessa forma di quella sancita dal legislatore italiano, ma non si può sostenere che nel sistema del suddetto Codice non sia stato convenientemente provveduto a tutelare gl'interessi degl'incapaci. Il legislatore neerlandese dispone infatti all'art. 390 che ogni tutore è tenuto a dare ipoteca per sicurezza della sua gestione fino alla concorrenza di una somma proporzionata all'importanza della sua amministrazione, questa somma dovrà essere fissata dal giudice del Cantone dopo avere inteso il tutore, il protutore, e i parenti del minore, e tenendo conto della natura dei beni e della responsabilità eventuale del tutore. All'articolo poi 1217 quel legislatore dispone, che il tutore, il curatore o ogni altra persona obbligata per legge o per convenzione a dare ipoteca può essere a ciò costretta in giudizio, e che il giudice specificherà nella sua sentenza i beni sui quali l'iscrizione dovrà essere presa.

Ora ognuno comprende, come nel sistema del Codice neerlandese sia stato provveduto in modo diverso alla protezione degl'interessi degl'incapaci, ma se in quel Codice non si trova una disposizione conforme a quella sancita all'art. 1969 del Codice civile italiano, il quale attribuisce l'ipoteca legale al minore e all'interdetto sui beni del tutore, può essere questa una buona ragione per negare all'uno e all'altro il diritto di domandare ed ottenere l'iscrizione, osservando quanto dispone il Codice neerlandese nella sezione seconda, art. 1224 e seguenti, a riguardo delle formalità con le quali dev'essere presa l'iscrizione? Non varrebbe l'addurre che derivando il diritto d'ipoteca dalla legge italiana, questa non possa imperare in paese straniero. In contrario dobbiamo osservare che, accettando tutto il sistema che abbiamo sostenuto a riguardo della territorialità delle leggi, non si può escludere in massima che una legge possa esercitare autorità dovunque, quanto al regolare i diritti, che secondo la natura delle cose e dei rapporti giuridici devono essere da essa governati, e che

nulla può ostare che tali diritti abbiano per oggetto i beni immobili, purchè dal riconoscere cotesti diritti derivanti dalla legge estera non derivi alcuna lesione al diritto sociale o all'ordine pubblico.

Bisogna tener sempre presente, che alla protezione degl'incapaci incombe di provvedere alla sovranità dello Stato, di cui l'incapace è cittadino, perchè questa è chiamata a tutelare gl'interessi di lui: dal che se ne può dedurre, che tutte le misure di protezione e anche le garanzie reali devono dipendere dalla medesima legge, da cui dipendono la condizione della persona ed i suoi rapporti con quelle leggi all'autorità delle quali è soggetta, e che non può ostare che i diritti che ne derivano, si estendano anche sui beni immobili esistenti in territorio straniero. Bisognerà al certo far sempre salvo il diritto della sovranità territoriale quanto al determinare le condizioni sotto le quali le garanzie reali possono essere efficaci, e quanto al limitare altresì l'applicazione della legge personale in quello che essa possa offendere il diritto sociale e i diritti dei terzi. Conseguentemente una legge estera, la quale per tutelare gl'interessi del minore gli accordasse la garanzia reale indipendentemente da qualunque pubblicità od iscrizione, o che la estendesse a tutto il patrimonio dell'obbligato senza bisogno di specializzarla, o che, oltre a conferire all'incapace l'ipoteca legale, dichiarasse questa privilegiata, in maniera da attribuire al minore un diritto di prelazione a riguardo di tutti i creditori ipotecari, non potrebbe avere autorità in uno Stato estero derogando alla legge territoriale, la quale avesse organato il regime delle ipoteche diversamente a fine di tutelare gl'interessi generali e i diritti dei terzi.

900. Dai principii finora esposti si deve pure dedurre, che se l'ipoteca legale derivi dal fatto giuridico compiuto sotto l'impero di una legge, come è quella attribuita al venditore od altro alienante sopra gl'immobili alienati per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione, il diritto può essere fondato su tale legge, alla quale deve ritenersi sommessa l'obbligazione principale, l'adempimento della quale sia garantito dall'ipoteca. La ragione è sempre la stessa, che cioè la legge, destinata a regolare il contratto, deve avere autorità dovunque per determinare la sostanza dell'obbligazione, la sua natura, e gli effetti immediati che da essa derivano, e che tutto quello, che

secondo la legge consegue da ciò che sia stato dalle parti espressamente stipulato, deve ritenersi tacitamente da esse consentito. Allorquando due persone contrattano sotto l'impero di una legge, la quale accorda a colui, che abbia venduto accordando una dilazione pel pagamento del prezzo, di essere garantito mediante l'ipoteca sull'immobile alienato pel soddisfacimento del prezzo, non è lo stesso come se l'alienante avesse domandato espressamente e l'acquirente avesse espressamente consentito di assicurare sopra lo stesso immobile da lui acquistato il soddisfacimento delle obbligazioni assunte nel contratto? Se l'alienante non domandò questo, perchè contrattava sotto di una legge che ad esso attribuiva tale diritto, e l'acquirente non acconsentì esplicitamente, perchè sapeva di essere a ciò tenuto senza bisogno di stipulazione espressa, come potrebbe disconoscersi tale diritto d'ipoteca derivante dalla legge del contratto senza disconoscere i diritti acquistati dalle parti secondo la legge sotto della quale esse contrattando si obbligarono?

901. Dalle quali cose tutte discende, che per decidere se nel caso di vendita, o di divisione di credito, o di società sia o no dovuta l'ipoteca legale, tutto deve dipendere dalla legge sotto l'impero della quale le parti si siano obbligate, e che, quando il diritto d'ipoteca debba ritenersi acquisito in virtù della legge del contratto, dev'essere riconosciuto, e che deve potersi far valere dovunque, come l'ipoteca pattuita con convenzione, sotto le condizioni però e colle stesse limitazioni che abbiamo più volte indicate.

902. Un'ultima difficoltà reputiamo opportuno di risolvere, se cioè nell'ipotesi d'ipoteca derivante da legge straniera debba ammettersi che l'interessato possa domandare ed ottenere l'iscrizione senz'altro, come abbiamo detto a riguardo dell'ipoteca convenzionale, o se deve invece ammettersi che il diritto d'iscrivere l'ipoteca debba essere riconosciuto ben fondato sulla legge estera dal magistrato territoriale. A noi sembra che bisogni attenersi a quest'ultimo partito senza dubbio, quando secondo la *lex rei sitae* fosse così espressamente disposto. A norma del Codice neerlandese, ad esempio, all'art. 1217 troviamo espressamente disposto, che ogni persona obbligata per legge a dare ipoteca può essere a ciò costretta in giudizio. Accettando il nostro

ordine d'idee si dovrebbe ammettere, che il diritto ad obbligare uno a dare l'ipoteca su di un immobile esistente nei Paesi Bassi può essere fondato su di una legge straniera, che tale diritto dev'essere concesso anche quando il caso contemplato dalla legge straniera non fosse tra quelli contemplati nel Codice neerlandese, ma che l'interessato deve fare riconoscere il suo diritto dal magistrato territoriale. Anche poi quando manchi una disposizione espressa, non si potrebbe accordare all'interessato d'iscrivere l'ipoteca in virtù di una legge estera senza che il diritto suo a fare ciò sia riconosciuto dal magistrato territoriale competente. Non possiamo ammettere a riguardo dell'ipoteca legale lo stesso principio che abbiamo sostenuto a riguardo dell'ipoteca contrattuale. Rispetto a questa, derivando l'ipoteca dal contratto può bastare l'esibire il titolo, sul quale essa è fondata, e, quando esso per la sua forma esterna sia rivestito di tutte le formalità richieste dalla legge territoriale per procedere all'iscrizione, domandarla ed ottenerla. Quando invece il titolo sia la legge estera, questa non può al certo esibirsi nè l'iscrizione ammettersi senza avere prima accertato se codesta legge, sulla quale il diritto si vuol fondare, accordi o no veramente l'ipoteca: laonde occorre indispensabilmente l'autorizzazione del magistrato territoriale, che può decidere se il diritto spetti o no alla persona che lo vanti.

903. Diciamo una parola dell'ipoteca legale attribuita allo Stato, ai Comuni ed agli stabilimenti pubblici sui beni dei ricevitori e degli amministratori. Questa ipoteca è ammessa secondo la legge di alcuni paesi, e riesce chiaro come l'oggetto di essa sia quello di tutelare gli interessi dello Stato, ed il patrimonio pubblico contro coloro che ne hanno l'amministrazione. Non tutte le leggi a questo riguardo sono uniformi avendo alcune provveduto diversamente. Così secondo la legge italiana tale ipoteca legale non è stata reputata necessaria a tutelare gl'interessi dello Stato, il Codice civile sancisce soltanto l'ipoteca legale a favore dello Stato sopra i beni dei condannati per la riscossione delle spese di giudizio in materia criminale, correzionale e di polizia, compresi in essa i diritti dovuti ai funzionari ed agli uffiziali giudiziari. Il Codice francese al contrario l'ammette, e così è pure secondo la legge belga.

Ora dobbiamo osservare, che i principii che abbiamo sostenuti a riguardo del diritto d'ipoteca attribuito per legge agl'incapaci, non possiamo mantenerli a riguardo dell'ipoteca legale attribuita allo Stato e ad altre persone giuridiche da esso create. Avendo noi fondata tutta la nostra teoria sul concetto della convenzione tacita tra le parti, che è la conseguenza del fatto giuridico posto volontariamente da esse sotto l'impero della legge, che attribuisca all'obbligazione l'effetto giuridico della garanzia reale, non possiamo ritenere applicabile lo stesso concetto a riguardo dell'ipoteca creata dallo Stato stesso a suo proprio vantaggio, onde salvaguardare pienamente i propri interessi patrimoniali. Bisogna in fatti riconoscere in questo un atto di sovranità in attinenza coi principii, che regolano la pubblica amministrazione, e, tenendo presente questo, riesce chiaro come la legge emanata dalla sovranità di uno Stato, che a lui tale diritto attribuisca, non possa avere autorità estraterritoriale. Lo Stato è una persona giuridica, che esiste come tale di pieno diritto, come sono parimente persone giuridiche i Comuni, gl'Istituti pubblici, ed i Corpi morali riconosciuti dallo Stato. Ora non si può assimilare sotto ogni rispetto la condizione delle persone giuridiche a quella degl'individui privati, in maniera tale da ritenere applicabili alle une gli stessi principii, che governano i diritti degli altri, per lo che ci pare dovere concludere che, anche quando secondo la *lex rei sitae* fosse ammessa l'ipoteca legale a favore dello Stato, non possa essere concesso ad uno Stato straniero d'iscrivere l'ipoteca sui beni dei pubblici amministratori esistenti sul territorio, ove la detta legge imperi. Essendo la legge stessa, che tale diritto attribuisce, un atto di alta amministrazione motivato dal concetto di salvaguardare gl'interessi patrimoniali dello Stato, non può avere autorità in territorio straniero. Non può infatti ammettersi che una sovranità possa essa medesima creare una garanzia reale a suo vantaggio in concorrenza coi creditori chirografari, ed estenderla ai beni esistenti sotto l'impero di estera sovranità.

Qualora secondo la legge dell'uno o dell'altro paese l'ipoteca legale a favore dello Stato fosse ammessa, come accade rispetto alla Francia ed al Belgio, può concedersi che l'uno possa sotto le condizioni stabilite dalla legge territoriale iscrivere a suo favore l'ipoteca

sui beni degli amministratori esistenti sul territorio dell'altro, ma questo potrebb'essere effettuato o in virtù di un patto espresso stipulato in un trattato fra i due Stati, o in virtù della reciprocità di fatto stabilita fra di essi a riguardo di ciò. Bisognerà peraltro considerare che in tali circostanze l'estensione dell'ipoteca sui beni esistenti nell'altro Stato sarebbe sempre la conseguenza della concessione della sovranità territoriale in virtù del trattato o della reciprocità, e non mai l'applicazione dei principii generali, che abbiamo sostenuto a riguardo dell'ipoteca legale attribuita ai privati.

§ 3°

Dell'ipoteca giudiziale.

904. Dell'ipoteca giudiziale e del suo carattere. — 905. Non si possono applicare ad essa le stesse regole che all'ipoteca legale. — 906. Essa non può essere considerata come un diritto spettante alla parte e dichiarata dal giudice. — 907. Effetti dell'ipoteca giudiziale in paese straniero. — 908. Importanza dei trattati.

904. All'ipoteca giudiziale noi dobbiamo applicare principii ben diversi da quelli, che abbiamo sostenuti fino a questo punto a riguardo dell'ipoteca legale. L'ipoteca giudiziale, in quei paesi nei quali è ammessa, deriva pure dalla legge, la quale attribuisce ad ogni sentenza, che porti condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di ogni altra obbligazione, che possa risolversi nel rifacimento dei danni, l'effetto di produrre a favore, di chi l'abbia ottenuta, l'ipoteca sui beni del debitore.

Giova innanzi tutto tener presente, che l'ipoteca giudiziale non è ammessa secondo le leggi di tutti i paesi. Così essa non lo è nel Belgio, dove la legge ipotecaria del 16 dicembre 1851 la eliminò; nel Portogallo, nel Cantone di Ginevra, ove fu soppressa con la legge del 6 giugno 1851. In altri paesi poi la sentenza è reputata titolo sufficiente per conseguire l'ipoteca, ma bisogna domandarla in via di esecuzione, lo che può essere fatto senza contraddittorio di parti, secondo avviene in Germania.

Bisogna inoltre considerare, che, secondo i principii del diritto, l'ipoteca giudiziale fa nascere molte controversie a riguardo del suo fondamento giuridico, imperocchè, a vero dire, la facoltà concessa al magistrato investito della causa (il quale dovrebbe limitarsi a conoscere e a dichiarare i diritti delle parti) di attribuire al creditore un diritto reale, ch'egli prima non aveva, mettendolo così in una posizione vantaggiosa rispetto a tutti gli altri creditori, non può essere giustificata senza contrasto. I creditori, i quali avevano avuto fede nel loro debitore comune, riguardando i suoi beni come la garanzia dei diritti a ciascuno di essi spettanti, e che sapevano, mentre contrattavano, che, codesti beni non erano gravati da nessuna ipoteca convenzionale, si trovano frustrati nei loro diritti pel fatto di uno di essi, il quale potendo agire giudiziariamente prima degli altri (talvolta per la sola circostanza fortuita dell'epoca della scadenza del suo credito, precedente a quella degli altri, talvolta per la maggiore sollecitudine del patrocinatore nel condurre a termine il giudizio) arriva così ad ottenere una garanzia reale mediante l'ipoteca giudiziale, in virtù della quale esso acquista un diritto di preferenza rispetto ai beni, che erano la garanzia comune.

905. Senza entrare in altri particolari a riguardo di ciò abbiamo reputato necessario l'accennare alle gravi dispute intorno all'ipoteca giudiziale, perchè si possa meglio comprendere la ragione, per la quale non possiamo ammettere, che i principii applicabili all'ipoteca convenzionale ed all'ipoteca legale nell'interesse dei privati (che noi abbiamo assimilata alla convenzionale tacita) lo debbano essere parimente a riguardo di quella, di cui ora ci occupiamo. Rispetto alla ipoteca convenzionale noi abbiamo sostenuto, che il diritto attribuito al creditore dal proprietario dei beni gravati d'ipoteca debba estendersi anche a quelli esistenti in paese estero, perchè abbiamo dimostrato doversi ciò ritenere come la conseguenza dei diritti compresi in quello di proprietà, e della facoltà spettante al proprietario di potere acconsentire ad assicurare l'adempimento delle proprie obbligazioni mediante la garanzia reale dei beni, ovunque essi potessero trovarsi. Nell'ipoteca giudiziale per contro il proprietario subisce l'ipoteca in virtù della sentenza del giudice, e la subisce, non

perchè si possa ammettere alcun consenso espresso o presunto da parte di lui, ma in virtù del potere attribuito al giudice in forza della legge di concedere al creditore la garanzia reale sui beni del proprio debitore, condannando questi a sopportarla come conseguenza necessaria della condanna al pagamento. Ora ognuno comprende, esaminando a fondo la cosa, che siccome tutto dipende dal potere sovrano, che al giudice attribuisce tale facoltà, così ogni effetto deve essere necessariamente limitato dentro i limiti del territorio, su cui la sovranità impera. Noi conseguentemente riteniamo in principio che l'ipoteca giudiziale, quando debba essere ammessa secondo la legge del paese, ove il giudizio sia stato fatto, dev'essere reputata senza effetto nei paesi stranieri. Questo noi diciamo non ostante che in conformità dei principii da noi sostenuti reputiamo doversi ammettere, che i diritti delle parti riconosciuti dal magistrato competente, che abbia pronunciata la sentenza, debbano essere riconosciuti dovunque, in virtù dell'autorità estraterritoriale del giudicato, salvo solo la condizione dell'*exequatur* (1).

906. L'ipoteca giudiziale, come abbiamo già notato, non può essere riguardata come un diritto spettante alla parte, e dichiarato dal giudice. Alcuni si sono sforzati di considerarla come tale, adducendo che, quando le parti abbiano stipulato senza ipoteca, si deve ritenere tacitamente stabilito fra di esse, che mancando il debitore al soddisfacimento dell'obbligazione da lui assunta, dovesse ritenersi attribuito al creditore il diritto di farlo condannare a dare l'ipoteca: per lo che la sentenza, che accerti l'avvenuta condizione del mancato pagamento e condanni a dare l'ipoteca, viene così a rendere efficace la convenzione

(1) Vedi la mia opera sugli *Effetti internazionali delle sentenze straniere in materia civile.* Torino, Loescher, 1875, e la *Monografia*, pubblicata in ispagnuolo e inedita in italiano *Effectos internacionales de las sentencias de los tribunales*, version castellana par GARCIA MORENO, Madrid, 1888. Vedi pure l'altra mia opera: *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione e applicazione delle leggi* (Commento al codice civile italiano), vol. I, n° 463 e seg., e vol. II, n° 900 e seg. (Napoli, Marghieri, 1877-88). *Osservazioni su di una sentenza straniera che abbia pronunziato il divorzio* nel giornale *La Legge*, anno 1889, p. 534 e 786. — *Nota ad una sentenza della Corte di Ancona* nel *Foro italiano*, 1889.

tacita, e che perciò essa è dichiarativa e non attributiva di diritti. Dobbiamo però notare, che se tutto passasse tra creditore e debitore il ragionamento potrebbe pure stare, ma nel fatto la sentenza attribuisce al creditore, che abbia avuto la fortuna o la possibilità d'iniziare prima degli altri l'azione giudiziaria, un diritto di preferenza rispetto ai beni, che erano la garanzia comune di tutti i creditori, e cotesta preferenza non può al certo essere giustificata colla pretesa tacita convenzione. Esso è bensì un diritto, che deriva dalla sovranità, la quale, in forza dell'autorità che ha di provvedere ad assicurare l'esecuzione delle decisioni del magistrato, concede a questi il potere di assicurare l'esecuzione della sentenza coll'ipoteca e di attribuire conseguentemente al creditore un diritto reale, ch'egli non aveva, in concorso cogli altri creditori. Ora dobbiamo ripetere che questa specie d'ipoteca non può avere effetti, che sul territorio soggetto all'impero della sovranità da cui essa proviene.

907. In quanto poi agli effetti in paese straniero, ci pare che l'ipoteca giudiziale può derivare a favore di colui, che ottenne la sentenza, ma solo nell'ipotesi che sia ammessa secondo la legge del luogo, ove il giudicato straniero debba essere portato ad esecuzione, e colle limitazioni da tale legge sancite, e che non possa divenire efficace, se non quando la sentenza straniera sia stata dichiarata suscettibile di esecuzione mediante l'*exequatur* accordato dall'autorità giudiziaria territoriale. L'ipoteca giudiziale a nostro modo di vedere può quindi derivare soltanto dall'*exequatur*. Dato che, a norma di quanto dispone la legge territoriale, l'ipoteca giudiziale sia ritenuta il mezzo necessario per assicurare l'esecuzione di ogni sentenza, che condanni al pagamento, è naturale che per dato e fatto dell'essersi concesso l'*exequatur* alla sentenza pronunciata dall'autorità straniera debba ammettersi l'ipoteca giudiziale, che a norma della legge territoriale è il mezzo per assicurare l'esecuzione di ogni sentenza che dev'essere eseguita. Laonde riesce chiaro in quest'ordine d'idee, che l'ipoteca giudiziale incomincia ad esistere coll'*exequatur* e che dev'essere soggetta a riguardo dei beni, che ne possono essere colpiti, ed a riguardo dell'iscrizione e del grado, a quanto dispone la legge territoriale.

908. I principii generali da noi stabiliti possono ricevere qualche

modificazione in virtù dei trattati internazionali, mediante i quali può essere senza dubbio stipulato fra due Stati, che l'ipoteca giudiziale derivante dalle sentenze pronunciate dai tribunali dell'uno debba essere riconosciuta senz'altro, concedendo alla parte di ottenere l'iscrizione dell'ipoteca, prima che la sentenza sia dichiarata esecutoria. Così si pratica attualmente a riguardo delle sentenze pronunciate dai tribunali francesi ed italiani, rispetto alle quali in virtù del trattato del 1760 stipulato fra la Francia e la Sardegna e che al presente si ritiene in vigore per l'Italia, si può iscrivere senz'altro in Italia l'ipoteca derivante da sentenza di un tribunale francese e lo stesso si può ottenere in Francia senza la previa formalità dell'*exequatur* (1). Questo però proviene da che gli Stati mediante patti e convenzioni possono modificare l'applicazione dei principii comuni di Diritto internazionale nei territorii rispettivi, e non occorre dilungarci ulteriormente intorno a ciò.

§ 4°

Dell' ipoteca sulla nave.

909. L'ipoteca sulla nave è riconosciuta dalle leggi di alcuni paesi. — 910. Non sono applicabili ad essa le stesse regole che alle altre ipoteche. — 911. Principii circa la legge che deve regolare la valida costituzione. — 912. Teoria di Laurent. — 913. Opinione nostra. — 914. Principii ammessi dalla giurisprudenza. — 915. Osservazioni critiche. — 916. L'ipoteca sulla nave dev'essere in principio retta dalla stessa legge che ne governa la condizione giuridica. — 917. Si discute la controversia se per far valere i diritti derivanti dall'ipoteca costituita all'estero il contratto debba essere prima dichiarato esecutorio. — 918. Osservazioni sulla sentenza della Cassazione francese circa la validità dell'ipoteca sulla nave greca *Dio Adelphi*. — 919. Principii per decidere circa le formalità di pubblicità. — 920. Applicazione dei principii nel sistema sancito dalla legge inglese.

909. La nave, benchè per la sua natura sia una cosa mobile, può essere oggetto d'ipoteca. In forza di quanto dispongono le leggi di

(1) Vedi la sentenza della Corte di Torino 20 marzo 1876 (Pont c. Chateauvillard), *La Legge*, 1876, p. 853; Corte di Lucca, 2 febbraio 1882; e GIANZANA, *Lo straniero nel diritto civile italiano*, vol. I, Parte 3ª, § 242.

alcuni paesi colui, cui la nave appartiene in proprietà, può infatti assicurare il soddisfacimento delle obbligazioni assunte costituendo a garanzia l'ipoteca sulla nave. In Francia tale diritto, che non era riconosciuto, lo è stato colla legge del 10 dicembre 1874. Nel Belgio è stato ammesso colla legge del 21 agosto 1879 che modificò il libro secondo del Codice di commercio, e lo stesso avvenne in altri paesi come in Grecia, legge del 13 novembre 1851, in Inghilterra, legge del 1854 (*Shipping merchant Act*), nei Paesi Bassi e altrove. In Italia invece è concesso di dare in pegno la nave sotto certe condizioni determinate dall'art. 485 e seguenti del Codice di commercio, e la nave o le parti di essa sono vincolate anche presso il terzo possessore pel pagamento dei debiti, pei quali essa sia stata data in pegno (art. 674), ma non è ammessa l'ipoteca sulla nave non essendo essa annoverata tra gli oggetti suscettibili d'ipoteca.

Oltre questa diversità di leggi rispetto alla costituzione dell'ipoteca sulla nave, sono pure diverse le disposizioni legislative a riguardo delle formalità di prova e di pubblicità dell'ipoteca costituita, dal che deriva poi naturalmente la difficoltà di determinare la validità della costituzione dell'ipoteca e l'efficacia della medesima. Potendosi verificare il caso che intorno all'ipoteca ed alla sua efficacia si controverta mentre la nave si trovi nel porto dell'uno o dell'altro Stato, può nascere il dubbio circa la legge che debba avere autorità a regolare tale controversia.

910. Noi abbiamo già accennato innanzi come le regole generali circa l'autorità di ciascuna legge in materia d'ipoteca non siano applicabili alla nave, perchè questa per la sua natura e per la sua destinazione si trova in una condizione del tutto speciale. Essa rappresenta di per sè stessa una somma d'interessi, il centro dell'industria marittima, ed essendo destinata a navigare non può essere localizzata, dovendo per i fini cui è destinata trovarsi temporaneamente sotto il dominio di varie leggi. Da ciò deriva, che le regole circa l'autorità delle leggi a riguardo dei rapporti giuridici della nave, in quanto essa è strumento di commercio marittimo e del credito indispensabile ad esercitarlo, devono essere studiate sotto un punto di vista tutto speciale, e noi ce ne occuperemo di proposito, quando tratteremo del Diritto commer-

ciale internazionale. In questo luogo intendiamo limitarci a discorrere soltanto dell'ipoteca sulla nave, avuto riguardo alla valida costituzione di essa, ed alla sua efficacia, a fine di completare l'argomento che abbiamo a mano, e determinare come i principii da noi sostenuti in materia d'ipoteca debbano essere applicati nel caso d'ipoteca costituita su di una nave (1).

911. Per quello che concerne la validità della costituzione dell'ipoteca noi abbiamo stabilito in massima, che si debba determinare a norma della *lex rei sitae*, quali siano gli oggetti suscettibili d'ipoteca: dal che abbiamo dedotto che bisogna decidere a norma della legge stessa se le cose mobili, le quali si trovano sul territorio di uno Stato, possano o no essere ipotecate. La legge di ciascun paese deve avere autorità assoluta a riguardo di ciò, perchè spetta ad essa il determinare la condizione giuridica delle cose e lo stabilire come i diritti su di esse possano essere costituiti in confronto dei terzi interessati. Questo principio però non può essere applicato alla nave, e la ragione è, perchè la situazione attuale di essa non può valere a far sì che debba essere considerata come parte del territorio dello Stato, a cui appartengono le acque territoriali, nelle quali essa si trovi. Si ammette generalmente, quello che disse la Corte di Bruxelles nella sua sentenza del 27 dicembre 1879 (2), che i mobili considerati individualmente sono retti dalla legge del luogo, ove attualmente si trovino, e che così è specialmente per tutto ciò che concerne la determinazione dei diritti di cui sono suscettibili. Questo però non è che l'applicazione del generale principio, che tutto ciò che si trova sul territorio dev'essere considerato durante la sua situazione attuale come facente parte di esso, ma ci sembra che non possa trovare applicazione a riguardo di una nave che si trovi nelle acque territoriali di uno Stato, perchè questa considerata nella sua individualità, come non perde il suo carattere nazionale,

---

(1) Conf. Wharton, *Conflict of Laws*, § 356 e seguenti; Desjardins, *Traité commercial maritime*, t. V; Laurent, citato, t. VII, § 385 e seguenti; Brocher, *Droit international privé*, t. II, § 266; Lyon-Caen, *Journal de droit int. privé*, 1882, p. 246.

(2) *Belgique judiciaire*, 1880, 131.

quando entra nelle acque territoriali straniere, così non perde il carattere territoriale. Essa infatti, secondo il Diritto comune di tutti gli Stati, è considerata come adiacenza del territorio dello Stato, che la copre con la sua bandiera, per tutto ciò che concerne i rapporti all'interno di essa, e non solo per quelli, che hanno attinenza con i regolamenti di polizia e di disciplina, ma per quelli altresì, che hanno attinenza colla legge civile del paese cui la nave appartiene. La nave straniera quindi presa nella sua individualità, non potendo essere considerata come parte del territorio dello Stato, ove si trovi, non può essere sotto ogni rispetto assoggettata alle leggi ivi vigenti, così come lo sono le cose mobili localizzate. L'autorità della legge territoriale rispetto ad una nave straniera deve pure ammettersi, ma soltanto per gli atti esteriori che essa compie durante la sua permanenza nelle acque territoriali, e per le conseguenze giuridiche che dagli atti stessi possono derivare rispetto alla sovranità, ai privati ed ai terzi interessati.

912. Laurent osserva invero, che il principio, a cui noi accenniamo, non si trova scritto nella legge civile; che la massima in virtù della quale la nave straniera è reputata un'adiacenza del territorio dello Stato che la copre colla sua bandiera, è accettata solo per quello che concerne la disciplina e la polizia a bordo della nave (1); che la questione dell'ipoteca è una questione di preferenza, e come tale deve dipendere dal Diritto civile, non potendosi ammettere nessuna causa di preferenza oltre quelle stabilite dalla legge territoriale. Al che noi osserviamo, che il Diritto internazionale non è stato fino ad oggi codificato, ed è per ciò che per risolvere le controversie di tale materia è indispensabile che i tribunali si attengano ai principii generali del Diritto civile internazionale. Ora secondo questi non si può al certo ammettere che una nave, la quale entri nelle acque territoriali di uno Stato per le necessità del commercio e per restare ivi temporaneamente, possa essere equiparata alla cosa mobile localizzata; questa invero è pure a disposizione del proprietario, ma non è al certo destinata a passare incessantemente sotto l'impero di leggi diverse, così come lo è la nave, la quale essendo uno strumento di

(1) Laurent, *Droit civil international*, t. VII, § 388.

commercio, e destinata a navigare, non può secondo la natura delle cose essere considerata altrimenti, che nella sua continua mobilità e nella condizione indispensabile del trovarsi sotto l'impero di leggi diverse. Da ciò proviene, che la condizione giuridica della nave non può essere determinata a seconda delle leggi dei paesi diversi, ove essa può trovarsi, perchè ammettendo questo ne seguirebbe che, a cagione dell'essere essa in istato di continua mobilità e d'incessante assoggettamento a leggi diverse, la sua condizione giuridica sarebbe in istato di continua variabilità, essendochè essa dovrebbe mutare secondo i luoghi, nei quali la nave si trovasse, e così ne conseguirebbe, che questa non potrebbe avere una condizione giuridica determinata, ma ne avrebbe tante quante fossero le leggi diverse, sotto l'impero delle quali essa dovesse necessariamente trovarsi.

913. Ognuno comprende, come, volendo che una nave abbia una condizione giuridica, fa mestiere di ammettere, che questa debba essere determinata da unica legge, e non volendo concedere quello che sosteneva Clunet nel suo parere legale nella causa decisa dalla Corte di Bruxelles, che cioè la nave sia un ente giuridico o una persona giuridica, troviamo non pertanto nelle conclusioni, a cui lo scrittore arriva, che cioè la nave non può essere paragonata ai mobili ordinari, un valido sostegno per confermare l'opinione che noi avevamo già sostenuta (1), che cioè la condizione giuridica della nave, per quello che concerne la sua suscettibilità di essere gravata d'ipoteca a garanzia dei crediti sopra di essa assicurati, deve essere determinata secondo la legge del luogo, ove la nave deve reputarsi localizzata, vale a dire secondo quella del compartimento marittimo ove la nave è iscritta e ove essa ha la sua sede stabile.

Noi non vogliamo arrivare fino a sostenere che debba ammettersi a riguardo della nave uno statuto personale considerandola come una persona giuridica, diciamo non pertanto che come rispetto alle persone, onde rendere stabile la condizione giuridica di esse, si deve riconoscere in certe leggi la propria e naturale virtù di estendere la loro

---

(1) Vedi la 2ª ediz. del presente Trattato, Appendice, pag. 582.

autorità oltre i confini del territorio, e di poterle accompagnare dovunque, in maniera che la sovranità dello Stato regga con tali leggi il cittadino, anche nei paesi stranieri; e come per altre leggi invece l'applicazione a tutti coloro, che si trovano nel territorio, e che fanno in esso atti, è motivata o dall'essere esse necessarie alla sicurezza ed alla prosperità della vita sociale, o dal fatto della volontaria sottomissione della persona stessa alle medesime, così deve ammettersi che a fine di rendere stabile la condizione giuridica di ciascuna nave debba riconoscersi dovunque l'autorità della sovranità dello Stato, che la copre colla sua bandiera, quanto al determinare la proprietà della nave e i diritti spettanti al proprietario di cederla o trasferirla in tutto o in parte, o di assicurare su di essa il soddisfacimento delle obbligazioni assunte, in guisa che coteste leggi costituiscono rispetto alla nave una specie di statuto personale, e devono continuare a regolare la condizione giuridica di essa ed i diritti di proprietà acquisiti o trasferiti, e quelli che devono ritenersi compresi nei diritti di proprietà, come è quello di costituire sulla nave l'ipoteca.

Vedremo poi a suo luogo, come debba essere determinata l'autorità della legge territoriale quanto al regolare i diritti spettanti ai privati rispetto alle navi straniere in conseguenza di fatti giuridici da essi posti, mentre la nave si trovi nelle acque territoriali, e le preferenze e i privilegi in caso di concorso. Non conviene in vero confondere la questione dei privilegi con la questione della condizione giuridica della nave, della proprietà di essa, del diritto di alienarla in tutto od in parte, e di gravarla d'ipoteca. Coteste questioni devono essere tenute ben distinte, perchè non sono gli stessi i principii, coi quali esse devono essere risolute.

L'ipoteca non è una preferenza. Essa pone veramente il creditore, a vantaggio di cui è costituita, in una condizione tutta speciale rispetto ai chirografari, attribuendogli un diritto, reale sulla cosa, in virtù del quale esso può perseguitarla presso i terzi possessori per ottenere il soddisfacimento del debito assicurato, ma codesto diritto reale è ben diverso dal privilegio. Questo deriva dalla legge e dalla disposizione del legislatore; esso è originato invece dal dominio assoluto del proprietario, e deriva dal diritto spettante al medesimo di alienare

la cosa e di destinarla ad ogni fine possibile, come è quello determinato di assegnarla a soddisfare il suo debito.

La questione quindi, se una nave possa o no essere gravata di ipoteca, bisogna risolverla tenuto conto della capacità del proprietario; del diritto di alienare la nave o la parte di proprietà di essa; della suscettibilità della nave di essere gravata d'ipoteca; e siccome tutto dipende dalla condizione giuridica della nave, e per tutte le ragioni che abbiamo esposte, tale condizione dev'essere determinata a norma della legge dello Stato a cui la nave appartiene, la quale, come abbiamo pure detto innanzi, deve regolare la proprietà della nave ed il trasferimento di essa (1), così tutto deve dipendere da cotesta legge e non già da quella del luogo ove per avventura la nave si trovi.

Risolvendo alla stregua dei principii esposti la prima delle questioni proposte, quella cioè circa la legge, da cui deve dipendere la validità dell'ipoteca costituita su di una nave, noi non possiamo dubitare ch'essa debba essere decisa attenendosi a quanto intorno a ciò dispone la legge dello Stato, a cui la nave appartenga. Dovendo essere a norma di essa determinata la condizione giuridica della nave, e i diritti, che in virtù di un contratto su di essa possono essere acquistati, ci sembra chiaro, che, qualora secondo tale legge la nave fosse ritenuta suscettibile d'ipoteca, e fosse concesso al proprietario di costituire a riguardo di essa l'ipoteca convenzionale, i diritti dal creditore così legalmente acquistati dovrebbero essere dovunque riconosciuti e rispettati, così come lo devono essere tutti i diritti legalmente acquisiti in virtù di contratto. Non potrebbe quindi essere il caso di applicare la legge del luogo, ove per avventura la nave si trovasse, nè per decidere se durante la sua temporanea permanenza sotto l'impero di tale legge essa potesse divenire suscettibile d'ipoteca, quando non lo fosse, nè per disconoscere il diritto su di essa acquistato in virtù dell'ipoteca contrattuale costituita in conformità della legge, alla quale la nave mercantile deve reputarsi ovunque sommessa. La ragione è sempre la stessa, che cioè, siccome tutto dipende dalla condizione giuridica della nave, e questa non può dipendere dalla legge del luogo ove acci-

(1) Vedi § 841 e seg.

dentalmente essa si trovi, così dovrà soltanto a norma della legge dello Stato, a cui la nave appartiene, essere deciso, se l'ipoteca su di essa costituita debba ritenersi valida, e se al creditore, a vantaggio di cui l'ipoteca fu costituita mediante contratto, il diritto debba essere attribuito.

914. Una teoria perfettamente contraria a questa noi troviamo stabilita con le sentenze rese dei tribunali francesi, quando in Francia non era ancora in vigore la legge, che è stata pubblicata poi il 1874, e che ammette l'ipoteca sulla nave. La Corte di Caen, chiamata a decidere, se l'ipoteca costituita in Inghilterra su di una nave inglese (la *Carolina*) in conformità della legge inglese e a vantaggio di un inglese poteva essere riconosciuta in Francia, mentre la legge dichiarava le navi non suscettibili d'ipoteca, decise negativamente fondandosi sul principale motivo che la legge francese dichiarava i mobili, comprese le navi, insuscettibili d'ipoteca (1). La quale teoria fu poi confermata dalla Cassazione francese colla sentenza del 19 marzo 1872, colla quale essa partendo dal principio « que les meubles qu'un étranger « possède en France sont régis par la loi française, en ce qui con- « cerne les questions de possession, de privilège et de voies d'exécu- « tion » arrivò a concludere, che la « constitution d'un droit d'hypo- « thèque, ou *mort-gage*, consentie en Angleterre et conformément à la « loi anglaise au profit d'un anglais sur un navire anglais appartenant « à un sujet anglais dont la faillite a été déclarée en France est nulle « à l'égard des créanciers français, comme violant la règle que les « meubles ne peuvent être hypothéqués » (2).

La Corte di Bruxelles arrivò alle stesse conclusioni colla sua sentenza del 27 dicembre 1879, colla quale decise circa la valida costituzione di un'ipoteca su di una nave inglese convenuta mentre vigeva tuttora nel Belgio il Codice di commercio del 1808, che all'art. 190 dichiarava le navi mobili, ed insuscettibili d'ipoteca.

915. Noi noi possiamo far di meglio che ripetere quello che ave-

(1) Caen, 12 juillet 1870 (arrêt après partage), *Journ. du Palais*, 1871 pag. 269. Vedi la nota di LABBÉ, ivi.

(2) Cass. 19 mars 1882, *Journ. du Palais*, 1872, pag. 560.

vamo già scritto criticando le sentenze della Corte di Caen e della Cassazione citate.

« Se i diritti legittimamente acquistati secondo la legge del paese cui la nave appartiene, potessero essere invalidati, applicando per giudicare intorno ad essi le leggi dei paesi stranieri, in cui per avventura la nave può trovarsi, il credito marittimo sarebbe profondamente attaccato. A qual legge poteva uniformarsi un creditore inglese che acquistava in Inghilterra un diritto d'ipoteca (*mort-gage*) su di una nave inglese, fuorchè alla legge inglese? Quando la nave toccava il territorio francese era già gravata di tale obbligazione, e i creditori francesi potevano solo domandarne la prova, ma non potevano mai pretendere che, non essendo stata costituita l'ipoteca in conformità delle prescrizioni della legge francese, fosse annullato il diritto acquistato secondo la legge del contratto » (1).

I tribunali francesi dopo la promulgazione della legge del 1874 hanno modificato le loro conclusioni rispetto alla validità dell'ipoteca costituita su di una nave straniera, ammettendone la validità. Così decise la Cassazione nella causa Barharessos cassando la sentenza della Corte di Aix, e ritenendo che l'ipoteca costituita sulla nave greca *Dio Adelphi* dovesse essere reputata valida in Francia (2). Non si può dire peraltro che con ciò il principio sia stato mutato, imperocchè la Cassazione adduce come principale argomento per ritenere valida l'ipoteca costituita su di una nave greca, che la legge del 10 dicembre 1874 vigente in Francia ha dichiarato le navi suscettibili d'ipoteca, dal che riesce chiaro, che essa è arrivata a conclusione diversa partendo sempre dallo stesso principio, che cioè si debba decidere a norma della legge vigente, ove la nave straniera si trovi, e ove si controverte circa il diritto d'ipoteca acquistato, se esso debba o no ritenersi valido. Prima non se ne ammetteva la validità, perchè la legge francese non ammetteva l'ipoteca sulla nave, oggi se ne ammette la validità, perchè la legge del 1874 ha dichiarata la nave suscettibile d'ipoteca. Accet-

(1) Edizione 2ª della presente opera, 1874, Appendice, pag. 584, e vedi la traduzione di tale opera fatta da PRADIER-FODÉRÉ, Paris 1875), pag. 672.

(2) Cassaz. 25 novembre 1879, *Journ. du droit intern. privé*, pag. 583.

tando quindi le conclusioni, a cui è arrivata la più recente giurisprudenza francese, noi dobbiamo non pertanto persistere nel combattere il principio, sul quale essa si fonda, che cioè la valida costituzione dell'ipoteca su di una nave straniera debba dipendere dalla legge del luogo, ove essa si trovi, e ove si controverta circa il diritto acquistato. Noi dobbiamo persistere nel combatterlo, perchè accettando il principio se ne dovrebbe dedurre, che la condizione giuridica di una nave mercantile deve dipendere dalla legge del luogo ove temporaneamente essa si trovi, e così ne seguirebbe a modo di esempio che su di una nave italiana, che si trovasse in un porto francese potrebbe essere validamente costituita un'ipoteca, perchè la legge francese permette di costituirla: lo che non possiamo al certo concedere.

916. La condizione giuridica di una nave italiana dev'essere determinata in conformità della legge italiana per tutte le ragioni che abbiamo esposte, essa deve esistere come tale *erga omnes*, e non può essere modificata secondo la legge dei diversi paesi, ove la nave si trovi. La questione se una nave sia o no suscettibile d'ipoteca è una questione di diritto civile e, dobbiamo ripeterlo, dipende dalla condizione giuridica della cosa, come è determinata dalla legge che deve avere autorità a determinarla. Non bisogna confondere tale questione con quelle che possono nascere in conseguenza degli atti di commercio che può fare la nave, e delle operazioni di credito per esercitarlo nel luogo ove essa si trovi, pei quali atti e per le quali operazioni essa può assoggettarsi alla legge territoriale, e deve rimanere a questa sommessa. Può quindi bene accadere, che rispetto a quella parte di proprietà della nave appartenente al proprietario nascano diritti privilegiati e preferenze nel luogo, ove la nave si trovi, e che tali diritti e tali preferenze debbano essere governati dalla legge stessa, sotto l'impero della quale fu posto il fatto giuridico, da cui essi furono originati.

Noi ci occuperemo di tali controversie in altro luogo, quando cioè esamineremo i rapporti giuridici che nascano dal commercio, e la legge che deve regolarli. Qui ci occupiamo dell'ipoteca, che è un rapporto di Diritto civile, e che non perde la sua natura come tale, se in virtù della legge la garanzia reale sia stabilita su di una nave, o

su di un'altra cosa suscettibile d'ipoteca. L'unica questione intorno a ciò è sempre la stessa, quella cioè della condizione giuridica della nave. Posto che questa debba essere, come abbiamo dimostrato, retta dalla legge dello Stato, cui la nave appartiene, e che la proprietà di questa e i diritti compresi in quelli di proprietà debbano essere governati pure dalla stessa legge, riesce chiaro, che l'ipoteca convenzionale su di una nave dev'essere, a riguardo dell'effetto circa i diritti acquisiti dal creditore ipotecario sulla cosa, soggetta alle stesse regole che l'ipoteca sugli altri beni.

Noi abbiamo dimostrato come non si possa fare altrimenti che considerare la nave localizzata nel compartimento marittimo, ove essa trovasi iscritta. Dato che un frazionamento del dominio in virtù dell'ipoteca contrattuale sia avvenuto, e validamente secondo la legge ove la nave è localizzata, deve ritenersi avvenuto *erga omnes*. La nave quindi entrando nelle acque territoriali straniere non può entrare altrimenti che gravata da quegli oneri rispetto ai diritti di proprietà, che furono validamente imposti da chi, avendo come proprietario il potere di alienare la nave, alienò quella parte del dominio da esso assegnato a soddisfacimento del suo debito.

917. L'unica controversia che potrebbe sorgere nell'ipotesi di ipoteca convenzionale su di una nave straniera può essere questa, se cioè il contratto, in virtù del quale l'ipoteca sia stata costituita, debba avere la sua forza di esecuzione osservando le forme di procedimento prescritte dalla legge territoriale, prima di ammettere il creditore ipotecario a far valere i suoi diritti sulla nave, che si trovi nelle acque territoriali. In ordine a ciò conviene bene intenderci. Rispetto alla ipoteca convenzionale costituita mediante un contratto fatto all'estero su di un immobile esistente nello Stato noi abbiamo sostenuto, che il creditore possa essere ammesso a prendere l'iscrizione senza subordinare tale suo diritto alla condizione di aver fatto dichiarare prima esecutivo il contratto. Questo però noi abbiamo sostenuto, perchè l'iscrizione non è atto di esecuzione, ma la formalità indispensabile per constatare il vincolo ipotecario. Nell'ipotesi d'ipoteca contrattuale su di una nave straniera si presuppone naturalmente stabilito il vincolo ipotecario in forza del contratto, e adempiute altresì le formalità di

pubblicità richieste secondo la legge estera che deve governare l'ipoteca, per renderla efficace ed effettiva. Non può essere quindi il caso di applicare al fatto del creditore, che adduce il contratto fatto all'estero per esercitare i diritti derivanti dall'ipoteca costituita e pubblicata, i principii esposti innanzi a riguardo del contratto prodotto a solo fine di prendere l'iscrizione. La posizione delle cose è infatti perfettamente diversa.

Il creditore, il quale intende far valere i diritti derivanti dall'ipoteca, mira a che sia data forza esecutiva al contratto, in virtù del quale l'ipoteca fu costituita. Sia che egli intenda di fondarsi su tale contratto per procedere agli atti contro il suo debitore, sia che nel concorso dei creditori di costui egli intenda di far riconoscere il suo diritto reale, e far valere le azioni che da esso derivano a fine di sottrarre quella parte della nave assegnata al soddisfacimento del suo credito, ciò importa sempre l'attribuire all'ipoteca costituita la sua forza di esecuzione, e siccome nessun atto di esecuzione sui beni, che in qual si sia maniera si trovino sotto il dominio di una sovranità, può essere ammesso, se prima la forza esecutiva al titolo, sul quale l'azione sia fondata, non sia stata attribuita dal Sovrano territoriale, perciò deve ammettersi la necessità di far dichiarare prima esecutivo il contratto, sul quale l'ipoteca e l'azione ipotecaria trovansi fondate, osservando le forme di procedimento stabilite dalla legge territoriale per dare esecuzione agli Atti fatti all'estero.

Non può valere l'addurre in contrario, che il creditore ipotecario, il quale domandi di far valere i suoi diritti sul prezzo della nave per quella parte a lui ipotecata, non procede con ciò ad atti esecutivi, e che perciò non debba essere necessario di far dichiarare esecutorio il contratto, il quale, essendo prodotto soltanto a titolo di prova del diritto a lui spettante, debba essere senz'altro reputato sufficiente a fornire la prova. Dobbiamo in contrario osservare, che il creditore ipotecario, il quale adduce il contratto a fine di dedurne che quella parte della nave affetta del pagamento del debito debba ritenersi sottratta alla libera disponibilità del proprietario, a cagione dell'avere il medesimo assegnato la detta parte al soddisfacimento del suo debito, mira effettivamente a che sia data forza di esecuzione al

titolo, sul quale egli fonda il proprio diritto. Ora ci sembra chiaro, che questo non possa essere a lui concesso senza che prima il magistrato territoriale abbia esaminato e deciso, se il titolo possa o no avere esecuzione.

Non è questo il luogo, in cui dobbiamo discutere a fondo tale controversia, perchè questo ci condurrebbe fuori del campo in cui siamo. Diciamo nonpertanto, che la forza d'esecuzione degli Atti fatti all'estero non bisogna intenderla limitata al caso in cui in virtù di essi si voglia procedere agli atti esecutivi veri e proprii. Si dà infatti esecuzione ad un Atto, anche quando la sovranità è chiamata ad attribuire ad esso la forza operativa come titolo giuridico, concedendo alla parte di fondare sopra di esso i diritti e le azioni che ne derivano in confronto del debitore e dei terzi interessati. Per le quali cose non possiamo concedere che un contratto fatto all'estero, sul quale il creditore fondi il diritto d'ipoteca e l'azione ipotecaria, anche a solo fine di far riconoscere tali diritti e tali azioni in confronto dei terzi, possa avere la sua forza operativa come tale, senza che prima il magistrato territoriale abbia esaminato e deciso se al contratto debba o no essere data forza di esecuzione.

S'intende benissimo che tale esame e tale giudizio dev'essere limitato a constatare i diritti acquisiti dalla parte in virtù del contratto, e a riconoscerli su di esso bene fondati, e che perciò l'esecuzione decretata dal magistrato territoriale non può essere considerata attributiva di diritti, ma dichiarativa soltanto. Diciamo non pertanto che intervento del magistrato territoriale deve reputarsi necessario, e che le forme di procedimento stabilite dalla legge territoriale per dare esecuzione al contratto, con cui l'ipoteca sulla nave estera sia stata costituita, deve reputarsi indispensabile, onde ammettere il creditore a far valere i suoi diritti e a esercitare le sue azioni a riguardo di quella parte della nave a lui assegnata in virtù dell'ipoteca.

918. La Cassazione francese nella citata sentenza del 25 novembre 1879 ritenne in principio, che l'ipoteca sulla nave greca *Dio-Adelphi* non poteva essere efficace, che a condizione che il contratto fosse stato dichiarato esecutorio in conformità dell'art. 546 del Codice di procedura civile, e Lyon Caen annotando tale sentenza combatte la mas-

sima, ravvisando in essa un errore di diritto per la ragione, egli dice, che la esecutorietà degli Atti fatti all'estero non può essere reputata necessaria, se non quando in virtù di essi si voglia procedere ai mezzi esecutivi (1). Segue la stessa opinione Milhaud (2). Noi non possiamo accordarci in questo coi citati scrittori. Non possiamo al certo entrare nell'ordine d'idee, che si trova nel sistema sancito dal legislatore francese rispetto all'esecutorietà dei contratti fatti all'estero, perchè in virtù di quanto esso dispone l'esecutorietà non è dichiarativa di diritti ma attributiva di diritti, essendo che in quel sistema di leggi, colui che mira a ottenere in Francia l'esecutorietà d'un atto fatto all'estero tende a ottenere il titolo esecutivo, il quale è creato colla sentenza del tribunale francese, per lo che avviene che non è data esecuzione all'atto fatto all'estero, ma è invece la sentenza del tribunale francese, quella che costituisce il titolo esecutivo, e che è portata ad esecuzione. Mantenendo il nostro principio non intendiamo certamente di sostenerlo nell'ordine d'idee del sistema sancito dal legislatore francese, e tralasciando di esporre a fondo in che deve consistere secondo i giusti principii la forza di esecuzione, che dev'essere data dal magistrato territoriale agli Atti fatti all'estero, lo che esporremo a suo luogo (3), ripetiamo nonpertanto che in massima non possiamo ammettere che un contratto, in virtù del quale sia stata costituita l'ipoteca su di una nave straniera, possa avere efficacia in uno Stato, se non che quando gli sia dato forza di esecuzione dal magistrato territoriale.

919. Avendo così dimostrato come debba decidersi circa la valida costituzione dell'ipoteca, passiamo ora ad esaminare la seconda controversia, come cioè si debba decidere se l'ipoteca validamente costituita possa o no essere efficace avuto riguardo alle formalità di pub-

(1) Nota alla sentenza della Cassaz. 25 novembre 1879, *Journal du Palais*, 1880, pag. 603-607.

(2) Opera citata, pag. 320.

(3) Ne tratteremo di proposito nel Volume sul *Diritto giudiziario internazionale*. Vedi intanto le mie opere: *Effetti internazionali delle sentenze e degli Atti* (Torino, Loescher, 1875); e confr. l'altra opera sulle *Disposizioni generali delle leggi* (Napoli, Marghieri, edit., 1888).

blicità di essa. Cotesta controversia non può dipendere al certo dalla legge del compartimento marittimo della nave in ogni caso, e sotto ogni rispetto. La nave, come abbiamo notato, è uno strumento di commercio e uno strumento di credito. Essa è destinata a navigare e può trovarsi nelle condizioni di provvedere ai bisogni della navigazione, pei quali le può occorrere di valersi del credito servendosi dei capitali altrui secondo le esigenze del momento. Rispetto alle cose immobili abbiamo sostenuto che le formalità di pubblicità richieste per rendere efficace l'ipoteca devono essere rette esclusivamente dalla *lex rei sitae*. Avendo stabilito, che la nave deve essere reputata localizzata al porto, ove trovasi iscritta, possiamo ammettere in massima che le formalità di pubblicità per rendere efficace l'ipoteca debbono essere dalla legge ivi vigente governate, per lo che non potrebbe essere una ragione per disconoscere un'ipoteca validamente costituita la inosservanza delle formalità di pubblicità richieste dalla legge del luogo, ove la nave si trovi, e ove nasca la contesa circa la efficacia dell'ipoteca costituita. Dobbiamo non pertanto osservare, che siccome tutte le persone, le quali possono avere interessi sulla nave e affidare capitali ad essa, devono essere in grado di conoscere la condizione giuridica della nave, la proprietà di essa, e i diritti acquisiti in conseguenza dell'alienazione totale o parziale per parte del proprietario, così deve ammettersi, che, se la legge straniera non avesse a ciò provveduto convenientemente onde eliminare ogni sorpresa ed ogni frode, e se i sistemi di pubblicità da essa sanciti non potessero essere reputati sufficienti a mettere tutti in grado di conoscere la ipoteca, da cui la nave sia gravata, questo potrebbe valere a rendere inefficace l'ipoteca, benchè validamente costituita e pubblicata.

Nella stessa guisa che rispetto agl' immobili abbiamo detto non potersi ammettere un'ipoteca occulta in un paese, ove la pubblicità fosse stabilita per tutelare gl'interessi sociali e i diritti dei terzi, così dovrebbe dirsi dell'ipoteca sulla nave, la quale, quantunque costituita secondo la legge del paese, cui la nave appartiene, e valida ed efficace ivi, non potrebbe essere reputata tale dovunque, dato che le formalità di pubblicità prescritte dalla legge estera non siano da reputarsi sufficienti a tutelare i diritti dei terzi.

920 Facendo un'applicazione di questi principii ne consegue che si deve ritenere válida l'ipoteca costituita su di una nave inglese, e che non potrebbe al certo essere una buona ragione per disconoscerne la efficacia il non trov: rsi l'ipoteca annotata sull'atto di nazionalità, come è prescritto dalla legge francese, e così fu pure giudicato da quella Corte di Cassazione nella citata sentenza del 25 novembre 1879 rispetto all'ipoteca costituita su di una nave greca e non annotata sull'atto di nazionalità. La legge inglese del 1854 ha provveduto infatt diversamente per rendere l'ipoteca pubblica. Sull'atto di nazionalità, che il capitano deve avere a bordo, trovasi invero l'annotazione che tale atto non costituisce titolo per constatare le modificazioni di proprietà e le ipoteche, dovendo queste essere iscritte sul registro di dogana del porto in cui la nave trovasi iscritta. In conseguenza di ciò tutti coloro, che intendono fare operazioni di credito con una nave inglese, sanno come devono conoscere la condizione giuridica di essa, e quanto concerne la proprietà e le ipoteche. Non potrebbero quindi addurre la circostanza del non trovarsi l'ipoteca annotata sull'atto di nazionalità, onde sostenere la mancanza di pubblicità, e dedurne la inefficacia dell'ipoteca costituita secondo la legge inglese. Però a norma della legge sulla marina mercantile inglese del 1854 noi troviamo un'importante distinzione circa la pubblicità della vendita e dell'ipoteca. Rispetto alla vendita essa dev'essere registrata sotto pena di nullità (art. 57). Rispetto all'ipoteca l'art. 69 dispone pure che deve essere registrato l'atto con cui l'ipoteca sia costituita, e stabilisce che, qualora vi siano più ipoteche registrate, il grado di esse è determinato dalla data, ma la registrazione dell'ipoteca non è richiesta assolutamente per la sua validità, ma serve a regolare soltanto il concorso dei creditori ipotecari. In conseguenza, se un'ipoteca non sia stata registrata, essa è nondimeno valida, ed il grado delle ipoteche non registrate è determinato secondo la data dei giorni, in cui esse furono concesse.

Ora stando nel nostro ordine d'idee dobbiamo ammettere, che un creditore ipotecario inglese non potrebbe invocare utilmente la legge del proprio paese a fine di far considerare valida l'ipoteca, benchè non registrata. Questo sarebbe uno dei casi in cui certamente

non potrebbe ammettersi l'autorità della legge estera ritenendo pure che ad essa debba rimanere soggetta la nave. Nella stessa guisa che non potrebbe ammettersi l'efficacia di un'ipoteca occulta, tuttochè valida secondo la legge che deve governarla, così non potrebbe essere reputata efficace l'ipoteca non registrata sul registro di dogana del porto, in cui fu iscritta la nave, e da cui tutti coloro, che possono avere interessi su di essa, devono desumere la condizione giuridica della medesima. Tutto al più potrebbe concedersi l'efficacia della ipoteca non registrata nell'ipotesi che il creditore ipotecario volesse far valere i suoi diritti rispetto al proprietario inglese, e che i terzi fossero del tutto disinteressati in tale vertenza. Così potrebbe, ad esempio, accadere nell'ipotesi che una nave inglese fosse venduta in un porto italiano, e soddisfatti tutti gli altri creditori, il creditore ipotecario intendesse far valere la sua ipoteca contro il proprietario su quella parte del prezzo a lui spettante. In questo caso non vi potrebbe essere alcuna difficoltà di applicare la legge inglese e di ritenere in conformità di essa valida l'ipoteca non registrata.

CAPITOLO VIII.

Del pegno e dell'anticresi.

921. Il soddisfacimento di un'obbligazione può essere assicurato dando al creditore una cosa mobile in garanzia del suo credito, e conferendo al medesimo il diritto di ritenerla e di farsi pagare sul prezzo di essa di quanto a lui sia dovuto. Cotesto negozio giuridico costituisce il pegno, il quale secondo i principii del diritto moderno, origina tra il creditore e la cosa pignorata, rapporti ben diversi da quelli che erano ammessi secondo il diritto romano.

A norma di questo e delle leggi che accettarono gli stessi principii, il pegno attribuiva un diritto reale ed un'azione reale, in virtù della quale il creditore pignoratizio poteva perseguire la cosa a lui data in pegno presso i terzi, che ne aveano acquistato il possesso, e valendosi degl'interdetti possessorii riacquistarne il possesso e farla vendere, onde essere così pagato sul prezzo di quanto gli era dovuto.

In quel sistema di leggi il diritto che derivava dal pegno e dall'ipoteca non era sostanzialmente diverso, tanto che il giureconsulto Marciano ebbe a dire *inter pignus et hypothecam, tantum nominis sonus differt* (1). Tutta la differenza tra l'una e l'altro con-

(1) Leg. 5, § 2, Dig. *De pign.* (XX, 1).

sisteva principalmente in questo, che cioè l'ipoteca era stabilita sulla cosa lasciata in possesso del debitore, ed il pegno propriamente detto implicava che la cosa dovesse essere nel possesso del creditore *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit; hypothecam, cum non transit, nec possessio ad creditorem* (1).

Secondo il diritto moderno il pegno propriamente detto attribuisce pure al creditore la speciale sicurezza di farsi pagare a preferenza di qualunque altro sul prezzo della cosa pignorata. Bisogna però tener presente che non si può dire a rigore che l'effetto di tale speciale sicurezza sia quello di stabilire a favore del creditore un diritto reale, così come abbiamo detto dell'ipoteca. In virtù di questa il soddisfacimento dell'obbligazione è assicurato sulla cosa, la quale rimane a ciò vincolata, nelle mani di chiunque si trovi. Il pegno invece fa nascere pure un rapporto tra il creditore e la cosa, ma il diritto, che egli acquista su di questa, si riassume in massima nella facoltà di farsi pagare a preferenza di ogni altro creditore sul prezzo. Occorre però sempre che esso sia stato messo in possesso della cosa a titolo di pegno, e che essa attualmente sia posseduta da lui stesso, o dal terzo presso cui il pegno sia stato depositato. Solamente quando tale condizione del possesso attuale e reale venga a verificarsi, e non manchino le altre condizioni determinate dalla legge per poter ritenere il pegno validamente costituito, il creditore pignoratizio può far valere il suo diritto di ritenzione, le azioni possessorie, e le azioni reali sui mobili, esercitando il diritto della prelazione sul prezzo della cosa oppignorata.

922. Stimiamo opportuno di notare, che le leggi moderne hanno reputato il diritto spettante al creditore pignoratizio come uno dei privilegi sui mobili. Il diritto di prelazione è veramente un privilegio, ma non si può sostenere a rigore che esso debba essere confuso con gli altri privilegi, dei quali ci occuperemo nel seguente capitolo, imperocchè rispetto a questi il diritto di preferenza derivi dalla legge, ed è da questa attribuito, avuto riguardo alla natura ed alla causa del credito, mentre invece il diritto di prelazione derivante dal pegno è

---

(1) Leg. 9, § 2, Dig. *De pign. act.*, (XIII, 7).

fondato principalmente sul fatto giuridico del possesso della cosa consegnata dal debitore al creditore a garanzia del soddisfacimento della obbligazione verso di questi assunta; laonde si può con ragione dire che il pegno origini di per sè stesso un titolo di prelazione, distinto e diverso da quello originato dai privilegi propriamente detti. In sostanza il diritto si fonda sul possesso attribuito per uno scopo ed una causa determinata, e si risolve nella facoltà di ritenere la cosa fino all'estinzione del debito. Tutto ciò abbiamo stimato opportuno di dover notare perchè, a rigor di logica, non si può sostenere che il diritto di prelazione, derivante dal pegno debba essere governato dalle stesse regole dalle quali sono governati i privilegi sui mobili, dei quali discorreremo in seguito, esso deve invece essere governato piuttosto dalle regole che concernono il diritto di ritenzione, e le conseguenze del possesso.

923. Fermandoci ora ad esaminare la legge, che deve regolare il pegno ed i rapporti che da esso conseguono, notiamo che per quello che riguarda la costituzione del pegno ed i diritti che ne derivano, conviene tener ben distinto quello che concerne i rapporti fra il debitore, il creditore o la cosa oppignorata, da quello che concerne i rapporti dei medesimi coi terzi, che sulla cosa stessa accampino dei diritti; e che bisogna inoltre distinguere pure la valida costituzione del pegno, dall'efficacia del medesimo, avuto riguardo al luogo, ove si trovi la cosa oppignorata, al momento in cui il creditore intenda esercitare l'azione, e far valere il suo diritto.

Per quanto si riferisce alla costituzione del pegno l'autonomia delle parti dev'essere in massima rispettata, e dev'essere pure riconosciuta l'autorità della legge estera, dato che il pegno sia stato costituito sotto l'impero della medesima. La convenzione delle parti è il mezzo ordinario, col quale il pegno è costituito, e converrà attenersi ai principii generali, che regolano i rapporti contrattuali posti in essere sotto l'impero di legge estera, onde decidere circa la validità e la legalità del contratto di pegno. Vi possono però essere altri mezzi per la costituzione del pegno. Così secondo il diritto romano esso poteva essere costituito per disposizione di ultima volontà, e per sentenza del magistrato. Il testatore poteva infatti per assicurare i diritti dei

legatarii, o dei creditori, costituire un pegno a favore dei medesimi (1). Il magistrato poteva pure sentenziare, che il creditore dovesse essere immesso nel possesso di una cosa determinata spettante al debitore per sicurezza del credito (2). Ora non si può sostenere in massima, che il pegno testamentario o quello giudiziale validamente costituito secondo la legge del *de cujus*, o dal magistrato competente, non debba essere riconosciuto in un paese ove secondo la legge non sia ammessa altra forma valida a costituire il pegno tranne di quella della convenzione, imperocchè, della costituzione del pegno, si dovesse in tal caso decidere a norma della legge estera, sotto l'impero della quale, il pegno fosse stato costituito, e non già di quella del paese ove i diritti, che da tale negozio giuridico derivano, si volessero poi far valere.

924. L'autonomia delle parti per altro non può ammettersi, che quando non ne derivi offesa al diritto sociale, ed a quello dei terzi spettante a loro, secondo la legge del luogo ove la cosa mobile si trovi nell'attualità. Non può infatti dipendere dalla volontà delle parti lo stabilire a loro piacimento, quali sieno le cose che possono essere impegnate, imperocchè siccome la condizione giuridica delle cose, in quanto esse sieno suscettibili di diritti, deve dipendere dalla legge del luogo ove attualmente e realmente si trovino, così bisogna attenersi alla *lex rei sitae* per decidere quello che può essere e non essere oggetto di pegno. Così, a modo d'esempio, secondo il diritto romano, potevano essere oppignorate tutte le cose alienabili ed in commercio (3), corporali od incorporali, presenti e future (4), mentre secondo

---

(1) L. 1, Cod. *Comm. de leg.*, VI, 43; Mühlenbruch, § 311.

(2) L. 26, pr. D., *De pign. act.*, XIII, 7; C., *De prætorio pignore*, VIII, 22. Il Codice civile austriaco segue in questo il Diritto romano. All'art. 449 disponendo quel legislatore circa il titolo da cui può derivare il diritto di pegno dice: « il titolo nasce dalla legge, da sentenza di giudice, da contratto o da ultima volontà del proprietario ».

(3) Dig., *Quæ res pignori vel hypot. datæ obligari non possunt* (XX, 3); Cod., *Quæ res pign. obligari possunt vel non* (VIII, 17).

(4) « *Universorum autem bonorum pignus totum afficit debitoribus patrimonium tam praesens quam futurum* » Mühlenbruch, *Doctrina Pandect.*, § 306); L. 9, C., *Quæ res pign.* (VIII, 17); Gay, *Instit.*, II, 59, 60; Dig., *De pignor. et hyp.*, XX, 1; Cod., *Quæ res pign.*, VIII, 17.

il Codice civile italiano, solamente le cose mobili possono essere oggetto di pegno. Conseguentemente uno che contrattando in un paese retto dal diritto romano, avesse dato in pegno una servitù da costituirsi su di un fondo esistente in Italia, o che avesse dato in pegno cose non nominate individualmente, o un'*universitas rerum*, non potrebbe addurre che il pegno così validamente costituito, secondo la legge del contratto, dovesse essere ritenuto tale anche in Italia, imperocchè, non essendo le cose future suscettibili di poter essere date in pegno, nè potendo questo comprendere tutti i beni d'una persona, considerati come un'*universitas*, s'invocherebbe invano la legge del contratto affine di modificare in forza di essa la condizione giuridica delle cose esistenti sul territorio italiano.

925. Le condizioni, le quali sono richieste secondo la legge territoriale per ritenere efficaci i diritti del creditore pignoratizio in confronto dei terzi, devono pure verificarsi per poter ammettere il creditore medesimo a far valere i diritti acquistati in forza del contratto. Così, secondo la legge italiana, il diritto di preferenza spettante al creditore pignoratizio non può sussistere, se non in quanto lo stesso pegno gli sia stato consegnato, e sia rimasto in potere di lui, o di un terzo eletto dalle parti (art. 1882). Ora riesce chiaro, che in qualunque modo il pegno sia stato costituito, e qualunque possa essere la legge sotto di cui ciò sia stato fatto, dato che la cosa mobile oppignorata sia stata trasportata in Italia, e che al momento in cui il creditore intenda esercitare su di essa l'azione di pegno, la medesima non si trovi effettivamente in suo potere, ma sia posseduta da un terzo, non gli potrà essere concesso di far valere il diritto di preferenza derivante dal pegno.

Quantunque infatti a primo aspetto si possa addurre, che i beni mobili debbano essere retti dalla legge personale del proprietario, e che i diritti su di essi da lui conferiti e da un terzo acquistati non debbano essere modificati col traslocamento dei beni stessi, pure considerando che le cose mobili, le quali attualmente si trovano in una data località, devono essere soggette alla legge ivi imperante, per tutto quello che riguarda il possesso; le azioni reali ed i diritti dei terzi, non si può concedere al creditore d'invocare leggi straniere onde

derogare in virtù di esse a quanto in ordine a ciò dispone la legge territoriale. Ognuno comprende come in tale controversia sia in causa il diritto sociale. Si tratterebbe infatti di derogare al principio generale di diritto, secondo il quale i beni del debitore devono essere la garanzia comune dei creditori di lui, ai quali spetta il potere di agire contro i beni stessi per essere soddisfatti di quanto è loro dovuto. Come ammettere un diritto di preferenza a favore di uno di essi, dato che non si verifichino le condizioni richieste secondo la legge territoriale per poterlo ammettere, se a norma di questa tutto dipende dal fatto giuridico del trovarsi cioè la cosa in potere del creditore a cui fu data per sicurezza del credito?

Abbiamo detto innanzi che il pegno oltre che colla convenzione può essere costituito con testamento, o con sentenza del magistrato, ma anche in questi ultimi due casi non abbiamo inteso di sostenere il rispetto dell'autonomia delle parti, e dell'autorità della legge estera, che subordinatamente a quello dovuto al diritto sociale, cui spetta in ogni caso di tutelare i diritti dei terzi, sulle cose che nell'attualità si trovino sul territorio soggetto al suo impero. Conseguentemente anche a riguardo del pegno testamentario, e di quello giudiziale dobbiamo mantenere il principio, che il diritto di pegno, tuttochè legalmente acquistato sotto condizioni diverse da quelle imposte secondo la legge italiana, non potrebb'essere riconosciuto e rispettato, se le cose date in pegno si trovassero in Italia, e non già in potere dei legatari o dei creditori, che sopra di esse volessero esercitare i loro diritti. La ragione è sempre la stessa che cioè nessuna azione reale sulle cose esistenti sul territorio dello Stato sieno esse cose immobili o mobili, può essere efficacemente esercitata di fronte ai terzi, che sotto le condizioni stabilite dalla *lex rei sitae*.

926. Questo principio dev'essere applicato anche a quello che concerne la forma del contratto, ed i mezzi idonei a provare la costituzione del pegno. Possiamo infatti ammettere che nei rapporti dei contraenti il contratto di pegno debba soggiacere alla regola *locus regit actum;* laonde se a norma di detta legge non fosse richiesto alcun atto scritto per accertare la specie e la natura delle cose date in pegno, e fosse concesso di poterne dare la prova mediante testi-

moni, la circostanza dell'essere state le cose oppignorate trasportate in un paese, ove secondo la legge l'atto scritto fosse reputato indispensabile per la costituzione del pegno non potrebb'essere d'ostacolo ad ammettere la prova per testimonianza. La ragione la troviamo in questo che cioè, quando il creditore si trovi nel possesso attuale della cosa mobile e possa dare la prova che questa fu a lui consegnata come pegno per sicurezza del suo credito, e la prova di quello che passò tra lui ed il suo debitore possa essere data mediante testimoni anche per una somma maggiore di quella per la quale sia ammessa la prova testimoniale secondo la legge del luogo, ove nasca la lite, tale mezzo di prova non potrà essere escluso, perchè i rapporti contrattuali ed i mezzi idonei a provarli devono essere retti in principio dalla *lex loci contractus*.

Nel caso di pegno, coloro che possono avere interesse a contestare i pretesi diritti del creditore, che si trovi in possesso della cosa, sono tutti gli altri creditori, i quali hanno ragione di escludere il diritto di prelazione accampato dal creditore pignoratizio, se non sia bene stabilito e bene accertato che le cose che si trovano in potere di lui sieno state ad esso date in pegno, e per sicurezza di un credito determinato. Ora riesce chiaro che, se a norma della legge del luogo, ove la cosa nell'attualità si trovi, sia concesso dalla legge agli altri creditori di escludere il diritto di prelazione del creditore pignoratizio, quando il credito suo e la natura delle cose date per sicurezza del medesimo non risultino da atto scritto, escludendo ogni altro mezzo di prova per un credito maggiore di L. 500, s'invocherebbe invano la legge del contratto e la massima *locus regit actum* per ledere i diritti dei terzi e derogare alla legge territoriale da cui sono tutelati. Il legislatore conferendo al creditore pignoratizio, che abbia in suo potere la cosa data in pegno, il diritto di far valere il contratto contro i terzi, ha però avuto cura di escludere ogni idea di frode, ogni collusione tra il detentore ed il proprietario del pegno, e d'impedire che questi avesse potuto sottrarre i suoi beni all'azione dei creditori, che contro di esso avessero il diritto di agire. Da ciò sono derivate tutte le precauzioni e le condizioni imposte da ciascun legislatore, per ritenere efficace la prelazione nel

caso di concorso di creditori. Ora siccome è evidente che in tutto ciò è in causa l'interesse generale ed il diritto sociale, così bisogna ritenere assoluta l'autorità della legge rispetto a tutte le cose che si trovino sul territorio, su cui impera.

927. Da quanto abbiamo detto ne consegue, che a nostro modo di vedere l'autorità della legge estera, sotto l'impero della quale il pegno sia stato costituito, può ammettersi solo, quando si tratti di decidere a riguardo dei diritti e delle obbligazioni del creditore pignoratizio, e quindi dell'*actio pignoratitia directa* e dell'*actio pignoratitia contraria*. Supponiamo che il debitore esercitasse l'*actio pignoratitia directa* contro il creditore affine di costringerlo a restituirgli la cosa data in pegno, e che si dovesse poi decidere, se avendo egli contratto un altro debito posteriormente alla tradizione del pegno, il quale fosse divenuto esigibile innanzi che si facesse luogo al pagamento del primo debito, il creditore fosse tenuto a rilasciare il pegno, prima che venisse interamente soddisfatto per ambedue i crediti.

Tale controversia dovrebbe essere risoluta a seconda della legge, sotto di cui il pegno fu costituito, e non già di quella del luogo ove attualmente si trovi la cosa pignorata al momento in cui nasca la lite. Così pure si dovrà applicare la legge sotto di cui il pegno fu costituito per decidere come il creditore sia tenuto a rispondere nel caso di perdita o di deterioramento della cosa pignorata. Laonde se conformemente alla detta legge la perdita della cosa data in pegno liberasse il creditore nel solo caso di forza maggiore, egli potrebbe essere tenuto a rispondere anche *de levissima culpa*, non ostante che la cosa fosse stata trasportata in un paese retto da legge diversa, e che ivi fosse avvenuta la perdita o il deterioramento della medesima. Nella stessa guisa si dovrebbe decidere ogni altra simile controversia. Così, a modo d'esempio, se sorgesse disputa circa l'obbligo del creditore di rendere conto non solo dei frutti che avesse percetti, ma di quelli altresì che per sua colpa avesse mancato di percepire, e via dicendo.

La legge stessa del contratto non può per altro valere mai a sostenere i diritti acquisiti dalla parte in confronto coi terzi, che esercitassero sulla cosa stessa i loro diritti sotto la tutela giuridica della

lex rei sitae. Così, ad esempio, il creditore, il quale avesse pattuito di appropriarsi il pegno, e farlo suo senz'altra formalità in conseguenza del non effettuato pagamento, non potrebbe, dato che la cosa si trovasse in Italia, escludere i terzi, che avessero diritto di agire contro la stessa cosa per quella parte che eccedesse la concorrenza del debito, adducendo il patto commissorio stipulato all'estero sotto l'impero della legge, che lo riteneva valido, ed i diritti acquisiti in virtù del contratto. Varrebbero anche in questo caso le ragioni più volte messe innanzi, che cioè alla regola generale che i beni sono la garanzia dei creditori, non si può derogare ammettendo di fronte ai terzi l'autorità di una legge straniera, che attribuisca diritti in opposizione con la *lex rei sitae* sotto l'impero della quale si trovi la cosa al momento, in cui il concorso dei creditori sovra di essa venga a verificarsi. Il divieto sancito dal legislatore italiano all'art. 1884, che dichiara nullo il patto commissorio, si deve considerare come legge di ordine pubblico, perchè tende a tutelare i diritti dei terzi, creditori di un debitore comune, e ad impedire l'appropriazione ingiustificata a profitto di uno, dei beni appartenenti al loro debitore, per lo che a cotesta disposizione non lice derogare invocando leggi straniere.

928. I crediti, gli effetti all'ordine, ed i titoli al portatore possono formare oggetto di pegno. A rendere però tale negozio efficace rispetto ai terzi, alcune leggi richiedono che debba essere fatta la notificazione al debitore del credito dato in pegno, e così dispone il Codice civile italiano all'art. 1881; altre leggi non considerano la notificazione indispensabile, ma reputano sufficiente che il creditore sia posto in possesso del titolo del credito pignorato. Questa diversità di legge può rendere dubbiosa l'efficacia del pegno, quando sia stato costituito senza fare la notificazione al debitore del credito, ed il dubbio può nascere dacchè il credito non può essere localizzato come una cosa corporale, onde ammettere a riguardo di esso l'applicazione delle regole date innanzi rispetto alle cose mobili, che si trovano in un luogo fisso, e che devono essere assoggettate alla *lex rei sitae*, per quanto concerne la condizione sotto le quali il diritto di prelazione può divenire efficace. Può infatti il credito essere considerato nel possesso di colui, che ha il diritto di riscuoterlo, e quindi ammettere che tutto

debba dipendere dalla legge del domicilio di lui, e che conseguentemente si debba a norma di questa decidere, se sia o no necessaria la notificazione per rendere perfetto il diritto di prelazione acquisito da colui, al quale il credito fu pignorato.

In contrario si può per altro osservare, che il credito non entra in realtà nel patrimonio di colui, cui appartiene, che quando sia riscosso dal debitore, che paghi quello che deve, e siccome questo negozio giuridico non può essere effettuato, che nel luogo ove il debito deve essere pagato, lo che avviene generalmente al domicilio del debitore, così bisogna pure ammettere che, se i terzi avessero acquistati diritti sulla somma, che il debitore dovesse pagare, e tali diritti fossero da reputarsi bene acquistati e perfetti, secondo la legge vigente là, ove il pagamento dovesse essere effettuato, i diritti di cotesti terzi non potrebbero essere frustrati ammettendo la prelazione a favore di uno dei creditori, se non sotto le condizioni sancite dalla legge in que luogo vigente.

Supponendo, ad esempio, che un creditore di colui, che operò il pegno del credito, avesse sequestrato questo nelle mani del debitore, e che il creditore pignoratizio intendesse accampare di avere il diritto di prelazione sul credito a lui pignorato per quella parte affetta per sicurezza del credito suo contro il creditore pignorante, ed in questo caso per decidere se il titolo del creditore pignoratizio debba essere preferito a quello di colui, che operò il sequestro del credito, ci sembra che debba essere applicata la legge del luogo ove il credito sia esigibile, e conseguentemente, qualora a norma di questa non potesse essere ammesso alcun diritto di prelazione sopra il credito pignoràto, se non a condizione che fosse stata fatta la notificazione al debitore del credito dato in pegno, la mancanza di questa dovrebbe essere riguardata come un ostacolo insormontabile all'efficacia del pegno. Ci pare che anche in questo caso non si potesse utilmente invocare la legge estera, che disponesse diversamente circa la necessità della notificazione, e che non potrebbe valere l'addurre di essere il credito una cosa incorporale e nel possesso del creditore affine di sostenere l'autorità esclusiva della legge del domicilio di lui, perchè in sostanza l'oggetto vero del pegno e del sequestro sarebbe la somma

dovuta, in quanto essa è esigibile, e siccome il concorso dei creditori verrebbe a verificarsi precisamente su quello che fosse dovuto, e sotto l'impero della legge del luogo ove dovesse essere pagato, così ci sembra chiaro, che si dovesse a norma di cotesta legge risolvere ogni controversia di preferenza in caso di concorso, e determinare altresì le condizioni sotto le quali la preferenza dovesse essere ammessa, o esclusa.

La cosa andrebbe diversamente risoluta, se i terzi non fossero interessati in tale negozio e tutto passasse tra il creditore originario, quello pignoratizio, ed il debitore, nel qual caso potrebbe senza difficoltà ammettersi, che il diritto del creditore pignoratizio dovesse ritenersi perfetto, anche rispetto al debitore, indipendentemente dalla notificazione del pegno fatto, ma che questa dovesse essere necessaria soltanto per rendere avvertito il debitore di non dovere eseguire il pagamento al creditore originario, bensì invece al creditore pignoratizio. Laonde sarebbe sufficiente che tale notificazione fosse fatta in qualunque momento, prima che la somma dovuta fosse pagata, e la mancanza non potrebbe avere altro effetto che di liberare il debitore del credito dato in pegno, se egli ignorando questo, avesse pagato al proprio creditore (1).

929. Il diritto di anticresi ha molta analogia col pegno, e deriva da una convenzione mediante la quale il debitore concede al creditore di usare e di fruire della cosa immobile fruttifera, e percepirne i frutti imputandoli a sconto degli interessi.

Quantunque tale negozio giuridico abbia la sua base sul contratto concluso tra le parti, non può ammettersi che tutto debba dipendere dall'autonomia delle medesime, e dalla legge sotto l'impero della quale esse contrattarono, imperocchè essendo oggetto di tale contratto un immobile non si può fare a meno di riconoscere pure l'autorità della *lex rei sitae* in quello che essa può limitare l'autonomia del proprietario, e l'esercizio dei diritti ad esso spettanti sulle cose immobili in conformità dei principii innanzi esposti.

---

(1) Conf. Story, *Conflict of Laws*, §§ 395, 396 e seg. e le note ivi, nelle quali molte cause decise dai tribunali americani trovansi riportate; Wharton, *Conflict of Laws*, § 359 e seg.

Bisogna infatti prima di tutto tener presente, che non tutte le leggi permettono l'anticresi. Alcune per alte ragioni di economia sociale e d'interesse pubblico vietano tale forma di contratto. Così la vieta espressamente il Codice del Cantone di Vaud, il quale all'art. 1559 dice: « il pegno di una cosa immobile, ossia l'anticresi, è vietata ». Non l'ammette neanche il Codice austriaco, il quale consente soltanto di assicurare il debito dando in pegno una cosa mobile o costituendo l'ipoteca sulla cosa immobile, e nell'art. 1372 così dispone: « non ha nessun effetto legale il patto accessorio in forza del quale debba spettare al creditore l'usufrutto della cosa data in pegno ». Le leggi poi di quei Stati, che ammettono l'anticresi, sono pure diverse e per quello che si riferisce a determinare la natura dei rapporti, che mediante tale contratto vengono a stabilirsi tra il creditore anticretico, e l'immobile dato in anticresi, e per quello che si riferisce all'estensione dei diritti che il creditore può acquistare e delle necessarie limitazioni imposte all'autonomia delle parti. Così, a modo d'esempio, noi troviamo che nel Codice prussiano l'anticresi trovasi ammessa, però l'autonomia delle parti è limitata avendo quel legislatore disposto che in massima il creditore anticretico debba amministrare il fondo, raccoglierne i frutti e renderne conto al debitore, imputandoli prima sugli interessi e poi sul capitale; salvo convenzione contraria. Il patto però concordato fra le parti, in virtù del quale fosse stabilito che gli interessi dovessero essene compensati con i frutti non è reputato valido, se non sia stato omologato dal giudice, e quel legislatore dispone che, se il valore dei frutti sorpassasse di un terzo gli interessi, il patto non può essere omologato.

Il Codice francese ammette l'anticresi e consente alle parti di stipulare che i frutti possono essere compensati con gli interessi in tutto o in parte. La giurisprudenza però ha ritenuto, che qualora i frutti, tenuto anche conto dell'alea, eccedessero la misura degli interessi legittimi, debbano essere imputati per l'eccesso sul capitale del credito, e ciò perchè vietando la legge il patto degli interessi oltre la misura legittima, il creditore non potrebbe far suoi i frutti, che eccedessero la misura legittima degl'interessi, essendochè tale convenzione sarebbe illecita, perchè contraria alla legge.

Il legislatore italiano non avendo limitato la misura degl'interessi, ed avendo concesso alle parti di stabilirli in quella misura che meglio loro potesse convenire, dispone all'art. 1895, che i contraenti concludendo il contratto di anticresi possono stipulare che i frutti, qualunque ne sia il valore, possono ritenersi compensati con gl'interessi dovuti.

930. Ognuno comprende come la cennata diversità di leggi dipenda dai criterii diversi accettati da ciascun legislatore onde determinare le convenzioni lecite relative agli immobili, avuto riguardo all'economia sociale, ed all'incremento dell'industria agricola, e tenendo conto dei principii morali, che possono suggerire di vietare l'usura ed i contratti fatti per violare la legge che la inibisca. Riesce chiaro come siano in ciò in campo gl'interessi generali della società ed il rispetto dei principii della morale e del buon costume, e come in ordine a tali divieti, e a tali limitazioni debba ammettersi assoluta l'autorità della *lex rei sitae*. Non può al certo essere consentito alle parti di invocare la *lex loci contractus* affine di dar vita ai rapporti che derivano dall'anticresi a riguardo di un immobile esistente in uno Stato, ove la legge non ammette tale istituto. Così pure le limitazioni sancite secondo la *lex rei sitae* con l'intendimento di inibire i contratti, che potessero mascherare l'usura, devono pure ritenersi sancite *erga omnes* escludendo di invocare leggi straniere per derogare a quanto essa disponga. Conseguentemente non potrebbe essere concesso a due italiani, che avessero concluso il contratto di anticresi in Italia a riguardo di un immobile esistente in Francia, d'invocare la disposizione dell'art. 1895 del Codice civile italiano, onde dedurre che in base al patto stipulato di imputare i frutti a compensazione degl'interessi, qualunque possa essere il valore di essi (patto valido secondo la legge italiana), il creditore anticretico potesse far suoi tutti i frutti del fondo dato in anticresi, ed anche in concorso dei terzi che su tale fondo, e sui frutti da esso prodotti avessero interessi. Osterebbe ad ammettere tale pretesa il principio tante volte sviluppato, che cioè i diritti sugli immobili esistenti sul territorio di uno Stato devono essere governati dalla *lex rei sitae* per tutto quello che concerne il godimento dei diritti stessi in concorrenza coi terzi, che sulla cosa avessero diritti tutelati dalla

legge territoriale. Essendo illecita secondo il diritto francese la convenzione di appropriarsi i frutti del fondo dato in anticresi, qualunque possa essere il valore di essi, s'invocherebbe invano la disposizione della legge italiana per mantenere di fronte alla legge francese una convenzione contraria ad essa, ed inibita per ragioni di ordine pubblico.

Così deve parimente ammettersi, che ogni controversia relativa ai diritti reali ed alle azioni reali da parte del creditore anticretico, e quelle altresì che potessero concernere il possesso e le azioni possessorie devono essere governate dalla *lex rei sitae*. Il legislatore italiano, ad esempio, non ammette che l'anticresi faccia nascere un diritto reale a favore del creditore anticretico, ma dispone bensì che essa produce effetto soltanto nei rapporti tra debitore e creditore e loro eredi (1). Ora s'invocherebbe invano una legge straniera per trasformare, a riguardo di un immobile esistente in Italia e dato in anticresi, in un diritto reale quello che secondo la legge italiana non è altro che un diritto personale congiunto col diritto di ritenzione. Il creditore anticretico avrà quindi il diritto di ritenere l'immobile e di far suoi i frutti fino a tanto che esso ne abbia il possesso, ma non potrà invocare la legge del paese, in cui stipulò il contratto, affine di far valere i suoi diritti sulla cosa che sia passata in possesso di un terzo, egli potrà esercitare l'azione per essere reintegrato nel possesso in caso di spoglio, ma non potrà neanche esercitare l'azione di manutenzione nel possesso, dovendo a riguardo di ciò come in ogni altra controversia circa le conseguenze giuridiche del possesso in rapporto ai terzi dipendere tutto dalla legge territoriale.

Per le medesime ragioni il creditore non potrebbe addurre efficacemente contro il terzo, che potesse vantare diritti sugl'immobili esistenti in Italia, di esserne divenuto proprietario, in virtù del contratto di anticresi fatto all'estero, e del patto stipulato sotto l'impero della legge ivi vigente, e da essa permesso, di diventare proprietario dell'immobile in conseguenza della mancanza del pagamento nel termine convenuto. Essendo tale patto inibito dalla legge italiana e dichiarato

(1) Art. 1897 Cod. civ.

nullo dall'art. 1894, riesce chiaro come s'invocherebbe invano la legge straniera. D'altra parte poi abbiamo già detto innanzi che non può ammettersi trasferimento di proprietà efficace a riguardo dei terzi che osservando le disposizioni della *lex rei sitae*, ed abbiamo pure accennato innanzi come la trascrizione sia indispensabile a norma della legge italiana per trasferire validamente la proprietà di un immobile, ora notiamo che il contratto di anticresi, secondo la legge italiana non è soggetto a trascrizione, lo che dipende dall'avere il legislatore escluso che esso attribuisca al creditore anticretico un diritto reale, e così riesce più chiaro come egli non possa assolutamente diventare proprietario dell'immobile in forza della legge del contratto.

931. Reputiamo opportuno di notare che anche per ciò che concerne la forma del contratto noi manteniamo quello che abbiamo detto a proposito del pegno, che cioè la necessità dell'atto scritto per ammettere la preferenza del creditore anticretico in concorso coi terzi deve pure dipendere dalla *lex rei sitae*. Conseguentemente essendo indispensabile a norma dell'art. 2085 del Codice civile francese che l'anticresi sia stabilita con l'atto scritto, non potrebbe essere efficace il contratto fatto in Italia, ove la legge non richiede assolutamente l'atto scritto per la sua prova, quando per diritto comune le altre prove siano ammissibili. La mancanza dell'atto scritto sarebbe un ostacolo insormontabile per poter ammettere valida l'anticresi stipulata fra due italiani a riguardo di un immobile esistente in Francia.

CAPITOLO IX.

Dei privilegi e della surrogazione nell'ipoteca.

932. Concetto del privilegio. — 933. Legge che deve regolarlo. — 934. Si esaminano i diversi casi di privilegio e si dimostra l'autorità assoluta della legge territoriale in questa materia. — 935. Considerazioni del privilegio del locatore. — 936. Come il diritto di sequestrare i mobili asportati dalla casa locata possa essere fondato anche all'estero sulla legge del contratto. — 937. Del privilegio attribuito ai coeredi. — 938. Si esamina il caso della surrogazione legale nell'ipoteca.

932. Il privilegio deriva dalla legge, la quale attribuisce a colui, al quale appartiene un dato credito, di prelevare sui beni del debitore in concorso con gli altri creditori quanto ad esso è dovuto pel pagamento del credito. È in questo diritto di prelazione che consiste il privilegio, esso infatti tende a stabilire il pagamento privilegiato a favore di un creditore, che concorre con gli altri per essere soddisfatto sui beni del debitore comune, i quali sono la garanzia di quanto egli deve ad essi pagare.

La legge di ciascuno Stato determina quali siano i crediti, ai quali deve spettare cotesto diritto di pagamento privilegiato; i criteri poi secondo i quali la determinazione ne è fatta, e l'ordine di preferenza tra più crediti privilegiati è stabilito, dipendono dal diverso modo d'intendere il favore, che dev'essere attribuito a certi crediti, avuto riguardo o alla causa da cui essi derivino, o alla natura di essi, o agl'interessi sociali che sono in campo.

I privilegi sono indipendenti dalla convenzione, ed è per questo che l'autonomia delle parti non puo esercitare veruna influenza nello stabilirne l'ordine. La prelazione dipende interamente dalla legge, la quale, data l'ipotesi dell'esecuzione forzata delle obbligazioni del debitore e del procedimento contro i beni ad esso appartenenti, stabilisce le norme del concorso di essi, e l'ordine secondo cui ciascuno può esigere il pagamento di quanto il debitore a lui deve.

933. Valutando il fondamento del privilegio, e tenendo presente che esso è un diritto, che nasce durante il procedimento di concorso

sui beni del comune debitore, che sono passibili di esecuzione forzata, si comprende, come tutto debba dipendere dalla *lex rei sitae*, imperocchè, siccome dev'essere attribuita a questa l'autorità assoluta ed esclusiva rispetto ai beni soggetti al suo impero ed alla sua giurisdizione, sopratutto per tutto quello che concerne l'esecuzione forzata, così deve spettare ad essa di regolare il procedimento del concorso dei creditori, e determinare se a qualcuno di essi debba essere attribuito il diritto di prelevare sulla massa dei beni quello, che gli sia dovuto, e di essere soddisfatto a preferenza di ogni altro.

Il privilegio secondo il Diritto moderno fa nascere pure un diritto reale, perchè in virtù di esso il soddisfacimento dell'obbligazione del debitore è assicurato sulla cosa, però valutando l'origine di cotesto diritto una differenza sostanziale intercede fra di esso e l'ipoteca, essendochè questa dipenda dall'autonomia del proprietario e dalla sua volontà espressa o tacita, mentre che il privilegio deriva assolutamente dalla legge, ed è sotto ogni rispetto indipendente dalla volontà del proprietario. È infatti il legislatore quello che, riconoscendo pure i diritti reali costituiti sopra i beni del debitore a vantaggio dei creditori di lui, attribuisce poi in virtù della sua suprema autorità la sicurezza speciale a certi crediti, disponendo che essi debbano essere preferiti a tutti gli altri crediti, compresi gl'ipotecarii, e determinando la preferenza e l'ordine della prelazione. Il privilegio è quindi un diritto reale, che trova la sua base sulla volontà del legislatore, e riesce chiaro che, siccome nessuna sovranità può concedere favori e preferenze sui beni esistenti sotto l'impero di sovranità straniera senza attentare alla suprema potestà del sovrano territoriale, così non può ammettersi che il privilegio sulle cose, che si trovino nel territorio dello Stato, possa derivare da legge straniera.

Questo principio dev'essere mantenuto senza riserva rispetto alle cose immobili e rispetto alle cose mobili localizzate, queste pure, quando si debbano considerare come parte del territorio, ove nell'attualità si trovino, non possono essere passibili di azioni reali, e colpite da atti di esecuzione, tranne che in conformità della *lex rei sitae*. Tale principio deve valere principalmente per quello che concerne i privilegi che rispetto ad esse possono nascere ed essere riconosciuti.

Diremo a suo luogo, quando discorreremo del Diritto internazionale commerciale, che a riguardo della nave e della legge, che deve regolare i privilegi su di essa, può ammettersi una regola diversa senza mutare però il principio che abbiamo in questo luogo stabilito. La regola diversa dipende infatti da che la nave deve reputarsi localizzata nel compartimento marittimo, ove trovasi iscritta, ma questo non è il luogo in cui dobbiamo occuparci di ciò.

984. Limitandoci ai privilegi stabiliti dal Diritto civile notiamo, che secondo le leggi dei diversi Stati possono essere oggetto di privilegio le cose mobili e le cose immobili, che i privilegi sono distinti in generali e speciali, e che ciascuna legge fissa l'ordine dei privilegi determinando la prelazione fra di essi in caso di concorso. Non entriamo in particolari, perchè non reputiamo utile occuparcene, vogliamo solo esaminare qualche controversia, che può sorgere in questa materia, ed eliminare qualche difficoltà che può nascere a riguardo di qualcuno dei privilegi sulle cose mobili.

Ritenendo sempre in principio che debba essere determinato secondo la *lex rei sitae* quali crediti possano essere privilegiati in caso di concorso, può sorgere il dubbio se il privilegio debba essere ammesso, anche nell'ipotesi che il credito sia nato sotto l'impero di una legge, che non attribuisca alcun privilegio a quel dato credito, o che attribuendolo ne restringa l'estensione. A primo aspetto potrebbe parere che uno, il quale avesse acquistato un diritto di credito sotto l'impero di una legge, che non attribuisse ad esso alcun diritto di preferenza, non potesse godere di tale favore, dato che agisse contro i beni del debitore, che si trovassero in un paese, ove secondo la legge il suo credito fosse privilegiato. Bisogna però eliminare cotesto dubbio considerando, che l'autonomia delle parti interessate e la convenzione espressa o tacita da parte di esse non entra per nulla in questa materia, e che è invece la tutela degl'interessi generali che suggerisce al legislatore di attribuire ad un dato credito in considerazione della sua natura e qualità una speciale considerazione, quando venga a verificarsi il concorso dei creditori sui beni esistenti sotto l'impero di esso. Deve quindi reputarsi indifferente, se il credito sia nato sotto l'impero di questa o di quella legge, imperocchè siccome tutto dipende

dalla natura e dalla qualità del credito, e del favore attribuito in caso di concorso dei creditori in considerazione della natura e qualità del credito, perciò tutto dev'essere governato dalla legge del luogo, ove esistono i beni, e dove viene ad effettuarsi il concorso dei creditori che sopra di essi vantino diritti.

Per la medesima considerazione dev'essere la legge stessa quella che deve determinare l'estensione del privilegio. Conseguentemente le spese sopportate, ad esempio, in Italia durante la malattia di uno, dato che venga poi a verificarsi il concorso dei creditori sui beni del debitore comune esistente in Francia, dovranno essere privilegiate in conformità di quanto dispone la legge francese, e non già entro i limiti fissati dal Codice civile italiano. A norma di questo, art. 1956, nº 3º, le dette spese sono tra quelle che godono il privilegio generale sui mobili, il legislatore però le limita a quelle fatte negli ultimi sei mesi della vita del debitore, per lo che per quelle fatte per una durata di tempo maggiore di sei mesi non godono l'istesso vantaggio. Al contrario secondo il Codice francese le spese per infermità sono privilegiate senza limitazione di tempo, e quindi del privilegio si può godere anche se la malattia sia durata più di sei mesi. Tenendo sempre presente che il privilegio dipende dalla legge, la quale regola nel caso di concorso dei creditori, in considerazione della tutela degl'interessi generali, come il prezzo dei beni spettanti al debitore, dev'essere distribuito fra di essi pel soddisfacimento di quanto a ciascuno è dovuto, così riesce chiaro, che dev'essere attribuito al legislatore del paese, ove i beni sono situati, e dei quali il prezzo dev'essere distribuito, il determinare non solo se uno di essi debba avere il vantaggio di prelevare una parte del prezzo pel pagamento, ma la estensione altresì del credito, cui tale vantaggio dev'essere attribuito.

Stando sempre nello stesso ordine d'idee si comprende pure come il privilegio sull'universalità dei mobili non possa estendersi a quelli esistenti in paesi stranieri. Non può valere a sostenere il contrario l'addurre che il patrimonio mobiliare d'una persona considerato come universalità segue la condizione della persona, e che dev'essere governato da unica legge come la persona stessa, cui esso appartiene, imperocchè tenendo sempre presente il principio, che abbiamo esposto

a riguardo del fondamento del privilegio e dell'origine sua, e considerando che la volontà del proprietario in questa materia non entra per nulla, si arriva a comprendere, come il privilegio derivante da una legge non possa estendersi ai beni esistenti sotto l'impero e la giurisdizione di altra sovranità. In questa materia deve quindi riconoscersi come assoluta ed esclusiva l'autorità della legge territoriale ed ammettere conseguentemente che anche i privilegi sull'universalità dei mobili debbano essere governati dalla legge di ciascuno Stato rispetto ai mobili che effettivamente si trovano sul territorio di esso, e che nè la legge del luogo ove il credito fu originato, nè quella del domicilio del proprietario, possono esercitare influenza sui beni esistenti in estero Stato, i quali sotto questo rispetto devono essere sommessi in tutto alla *lex rei sitae*.

Da questi stessi principii ne consegue che la disposizione, in virtù della quale i privilegi generali sui mobili possono essere collocati sussidiariamente sul prezzo degl'immobili del debitore con preferenza ai creditori chirografari non possa trovare applicazione, che nella sola ipotesi che il privilegio derivi dalla stessa legge vigente nel luogo, ove si trovi l'immobile. Anche cotesta disposizione è infatti tra quelle che regolano il concorso dei creditori che esercitano le loro azioni sui beni procedenti agli atti esecutivi per dividersene il prezzo, ed abbiamo già detto come debba ammettersi in ordine a ciò l'autorità assoluta della *lex rei sitae*.

935. Il privilegio del locatore merita una speciale considerazione.

L'origine di esso risale al Diritto romano, il quale accordava al locatore di un fondo o di una casa la sicurezza del pagamento dei fitti delle pigioni e delle obbligazioni risultanti dal contratto sui mobili che il conduttore aveva introdotti nella casa locata e sui frutti prodotti dal fondo. Questo diritto era considerato come la conseguenza della convenzione tacita, e valeva a costituire il pegno o l'ipoteca tacita, *eo jure utimur ut quae in praedia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit* (1). *In praediis*

(1) L. 4, Dig., *in quibus causis pignus vel hypotheca tacita contrahitur.*

rusticis fructus qui ibi nascuntur tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit (1).

Dovendo questo diritto reputarsi fondato sulla convenzione tacita parrebbe che dovesse dipendere dalla legge del contratto. Bisogna non pertanto considerare, che il principio generale in virtù del quale chiunque sia obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le sue obbligazioni con tutti i suoi mobili ed immobili presenti e futuri, da cui poi deriva che i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, ai quali compete il diritto di distribuirsene il prezzo a condizioni eguali, è un principio di ordine pubblico e di ragione universale ed una regola imperativa, alla quale non possono essere sottratti i beni che si trovano sotto l'impero della sovranità territoriale, eccetto il caso che a norma della legge da essa emanata debba ammettersi tra i creditori qualche legittima causa di preferenza. Applicando questo principio si comprende, come il privilegio sui mobili introdotti nella casa attribuito al locatore e derivante dalla legge non possa valere che nell'ipotesi, che gli oggetti, sui quali esso può vantare di essere preferito, esistano sotto l'impero della legge stessa. Conseguentemente invano s'invocherebbe la legge del contratto per sostenere cotesto diritto di preferenza nell'ipotesi che le cose mobili fossero state trasportate in un altro paese, e quindi sotto l'impero di legge estera.

936. Noi potremmo soltanto concedere che, qualora avvenisse che il conduttore rimovesse i mobili introdotti nella casa e li trasportasse all'estero, il diritto attribuito dalla legge del luogo del contratto di sequestrare cotesti mobili potesse essere riconosciuto a norma di tale legge, purchè però i terzi non avessero acquistati su i mobili trasportati alcun diritto secondo la legge estera.

Per chiarire la nostra idea ci riferiamo al Codice civile italiano, il quale, all'art. 1958, n° 3°, non solo attribuisce il privilegio al locatore sui mobili di cui sia fornita la casa od il fondo locato, ma dispone altresì che al locatore compete il diritto di sequestrare i mobili, su cui cade il privilegio qualora essi siano stati trasportati altrove senza

(1) L. 7, Dig. *eodem.*

il suo assenso. Ora facendo l'ipotesi che i detti mobili fossero stati trasportati all'estero, e che non fosse decorso il termine utile per operare il sequestro di essi, dato che sui detti mobili non avessero ancora dopo il trasporto acquistati diritti i terzi secondo la *lex rei sitae*, a noi sembra che il diritto di domandare e di ottenere il sequestro potesse essere ben fondato sulla legge italiana, e questo noi diciamo, perchè riconoscendo pure che il sequestro sia l'espediente per mettersi in potere dei mobili e far valere sopra di essi il privilegio secondo il Codice civile italiano, pur non di meno di per sè stesso considerato il sequestro non è un privilegio, ma forma parte bensì dei rapporti contrattuali nati secondo la legge del luogo, ove si trova la cosa o il fondo locato, i quali rapporti devono essere rispettati, sempre che ciò possa essere fatto senza pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi sotto l'impero della legge estera.

937. Reputiamo opportuno di volgere l'attenzione altresì al privilegio, che secondo certe leggi è attribuito ai coeredi sugl'immobili della successione per la garanzia della divisione fatta tra di essi ed il rifacimento della differenza dei lotti. Questo privilegio trovasi contemplato all'art. 2103, n° 3°, del Codice civile francese. Bisogna però notare, che siccome esso tende alla tutela dei diritti successori, e mira a provvedere a che la misura dei diritti stessi, secondo che è stabilito per legge, e la quota dell'eredità a ciascuno dei coeredi spettante sia effettivamente ad essi data, così forma parte integrante del Diritto successorio, e perciò dev'essere governato dai principii stessi che devono regolare la successione e non già da quelli che devono governare i privilegi nel concorso dei creditori, che, considerati nei loro rapporti rispettivi, sono terzi. Il principio stesso in virtù del quale deve ammettersi che la legge regolatrice della successione e dei diritti spettanti ai coeredi dev'essere la legge personale del *de cujus*, deve valere a stabilire altresì le garanzie reali, per la tutela dei diritti a ciascuno spettante nella eredità, ed alla sicurezza delle quote attribuite nella divisione. Per le quali considerazioni noi diciamo, che tutto deve dipendere dalla legge, la quale deve governare la successione, e che conseguentemente le regole da noi stabilite a riguardo dei privilegi non possono essere applicate a quanto concerne il pagamento del

rifacimento e delle quote tra i coeredi, perchè le prime si riferiscono ai terzi in caso di concorso e non possono reputarsi tali i coeredi nei rapporti fra di loro.

Ora dobbiamo esaminare un caso del tutto speciale di concorso di creditori ipotecari, il quale può verificarsi in un sistema di leggi che a somiglianza del Codice civile italiano ammetta il subingresso ipotecario legale (1).

938. Il legislatore italiano nel regolare l'ordine delle ipoteche ed il grado dei creditori ipotecari in caso di concorso contempla infatti all'articolo 2011 l'ipotesi di un creditore, il quale abbia un'ipoteca regolarmente inscritta sopra più immobili, e che potendo esercitare la sua azione sopra l'uno o l'altro di essi, preferisca di espropriare

(1) Il Codice civile italiano ha sancito un principio veramente nuovo a riguardo dell'azione proveniente dall'ipoteca, il quale è stato a ragione considerato una delle più felici aspirazioni del genio giuridico. Secondo il Diritto romano il creditore pignoratizio poteva dirigere la sua azione su l'una o sull'altra delle cose a lui pignorate, senza preoccuparsi se un altro creditore, che aveva pure la garanzia reale sulla stessa cosa, era danneggiato in conseguenza dell'avere egli voluto colpire a preferenza quella medesima cosa assorbendo tutto il prezzo di essa per essere soddisfatto del proprio credito « *Creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis ad suum commodum pervenire* » (Leg. 8, Dig. *de distractione pignorum et hyp.*, 20, 5). Nel sistema del Codice civile francese alcuni scrittori hanno stimato di trovare il principio della surroga legale ipotecaria nella disposizione dell'articolo 1251 del Codice civile, ma non si può in vero sostenere che tale articolo possa essere applicato per ammettere la surrogazione ipotecaria legale, che in sostanza è un privilegio speciale stabilito in virtù della legge in favore del creditore ipotecario perdente, e che è concesso nel sistema del Codice civile italiano senza che sia richiesto che esso creditore perdente abbia pagato effettivamente il creditore ipotecario anteriore. La surrogazione che può aver luogo in forza dell'articolo 1251 del Codice civile francese trova il suo riscontro nella disposizione sancita all'art. 1253, n° 1°, del Codice civile italiano. Ma nè nell'uno nè nell'altro si può rinvenire il concetto della surrogazione legale come trovasi stabilita all'art. 2011 del Codice civile italiano, che contiene veramente un diritto nuovo, il quale si riduce in sostanza nell'attribuire in forza della disposizione legislativa un privilegio speciale al creditore ipotecario perdente, senza nè presupporre alcun pagamento effettivo da parte di lui e senza bisogno di ricorrere all'artificio del pagamento fittizio o legale per attribuirlo.

quello sul quale era stata pure iscritta l'ipoteca di un creditore posteriore, e che assorbendo tutto il prezzo dell' immobile o gran parte di esso, metta così il creditore a lui posteriore, in condizione da non potere essere più soddisfatto sull'immobile a lui ipotecato. In tali circostanze il legislatore dispone, che, qualora l' ipoteca del creditore espropriante si estenda su altri immobili ed il creditore avente ipoteca sopra di quello che fu espropriato dal creditore anteriore si trovi perdente per non capienza, a cagione dell'essere stato sul prezzo dell'immobile soddisfatto il creditore anteriore, può essere surrogato nella ipoteca che apparteneva al creditore soddisfatto sugli altri immobili del debitore comune, a fine di esercitare sopra di essi l'azione ipotecaria ed essere preferito ai creditori posteriori per grado alla propria iscrizione (1).

Il concetto giuridico del subingresso ipotecario secondo il Codice civile italiano è quello di considerare tutti gl' immobili gravati d'ipoteca come oggetto comune del diritto reale ipotecario dei diversi creditori, in maniera da reputare questi in caso di concorso come condebitori solidali. Ritenendo la massima che l' ipoteca è indivisibile, il legislatore ne ha temperato le conseguenze nella sua applicazione, ammettendo che qualora per l'arbitrio del creditore questi avesse preferito di colpire colla sua azione ipotecaria certi determinati beni danneggiando così il creditore ipotecario posteriore, il quale aveva la sua garanzia reale proprio sugli stessi beni, il detto creditore danneggiato acquista per virtù di legge il diritto di essere surrogato al creditore soddisfatto. Siccome il legislatore attribuisce lo stesso diritto ai creditori perdenti in seguito alla detta surrogazione legale, e mette così tutti i creditori ipotecari in grado di esercitare la loro azione in

---

(1) Ecco il testo della disposizione del mentovato art. 2011: « Il creditore avente ipoteca su uno o più immobili, qualora si trovi perdente per essersi sul prezzo dei medesimi soddisfatto un credito anteriore, la cui ipoteca che apparteneva al creditore soddisfatto, e può fare eseguire la relativa annotazione, come è stabilito nell'art. 1994, all'effetto di esercitare l'azione ipotecaria sopra gli stessi beni e di essere preferito ai creditori posteriori alla propria iscrizione. Lo stesso diritto spetta ai creditori perdenti in seguito alla detta surrogazione. »

concorrenza fra di loro, conservando inalterato l'ordine di prelazione, così riesce facile a comprendere come la disposizione da noi mentovata debba annoverarsi tra quelle che concernono il concorso dei creditori sugl'immobili in caso di esecuzione forzata, e che quindi debba applicarsi a tutte le ipoteche inscritte sugli immobili esistenti in Italia qualunque potesse essere il titolo da cui derivasse il diritto ipotecario, e qualunque potesse essere la legge sulla quale tale diritto potesse reputarsi fondato.

A tutte le ragioni esposte, per le quali deve ammettersi come di assoluta autorità la *lex rei sitae*, si può aggiungere anche questa, che cioè il fondamento giuridico del subingresso legale ipotecario è il principio dell'equità, per lo che la disposizione si deve considerare di ordine pubblico, e quindi si deve ammettere l'autorità territoriale della legge a riguardo di ciò. Alla stessa conclusione si arriverebbe, se si volesse considerare il subingresso ipotecario fondato sul diritto di surroga legale per pagamento come quello che deriva dall'articolo 1251 del Codice francese, perchè dovendo la surroga legale per pagamento essere retta dalla legge del luogo ove il pagamento sia eseguito si arriverebbe così alla stessa conclusione di dover ammettere cioè che tutto dovesse dipendere dalla legge territoriale, astrazione fatta dalla natura e dall'origine del credito ipotecario.

CAPITOLO X.

Della proprietà letteraria ed artistica.

939. Concetto della proprietà letteraria. — 940. Se la protezione di essa debba ammettersi solo in favore dei cittadini. — 941. Se il diritto di proprietà letteraria debba essere protetto nei paesi stranieri. — 942. Dottrina degli scrittori in ordine a ciò. — 943. Sistemi sanciti dalle legislazioni vigenti nei diversi Stati. — 944. Autorità territoriale delle leggi relative alla proprietà letteraria. — 945. Come la regola della reciprocità debba essere intesa ed applicata. — 946. Se le opere fatte colla fotografia devono godere la protezione legale. — 947. Soluzione della controversia di fronte al diritto internazionale privato. - 948. Gli stessi principii devono valere per le opere fatte con mezzi finora sconosciuti. — 949. Applicazione delle leggi per determinare il carattere della contraffazione. — 950. Disputa circa la contraffazione delle composizioni musicali eseguita con mezzi meccanici (*organi musicali*). — 951. Principii per determinare quando il diritto di autore all'estero possa essere riconosciuto. — 952. Della protezione internazionale del diritto di traduzione. — 953. La convenzione per la protezione delle opere letterarie e artistiche conclusa il 1886.

939. I principii, che abbiamo esposti per determinare la legge che deve regolare i diritti del proprietario sulle cose ad esso appartenenti, e quanto concerne l'esercizio e la tutela dei medesimi, non possono esseri reputati sufficienti per risolvere le controversie a riguardo di quelli spettanti sui prodotti del pensiero e dell'arte, i quali appartengono pure all'autore di essi e che, in quanto fanno parte del patrimonio morale di ciascuno, costituiscono il diritto personale il più sacro, il più legittimo, ed il più degno di protezione.

Le leggi hanno qualificato i prodotti del pensiero e dell'arte come una proprietà, ammettendo che all'autore loro debba essere attribuito, sotto certe condizioni dalla legge stessa determinate, un diritto uguale a quello che ad ognuno appartiene sopra ciascuna singola cosa, che formi parte del patrimonio di lui, e così codesti prodotti sono stati considerati come proprietà del loro autore, e le legislazioni tra le altre forme di proprietà hanno annoverata quella che è costituita dalla proprietà letteraria ed artistica, comprendendo sotto

questa denominazione tutti i prodotti di qual si sia natura del pensiero umano, vale a dire i prodotti letterarii, artistici, scientifici, come sono i libri, le opere drammatiche, quelle di disegno, di pittura, d'incisione, di scultura, di architettura, di musica, e di qualunque altra forma esterna di manifestazione o d'impressione di qual si sia scoverta, invenzione, o prodotto dell'ingegno.

Non sono mancati per altro coloro i quali con ragioni, a nostro modo di vedere, meglio fondate hanno negato ai prodotti del pensiero il carattere della proprietà, considerando che l'idea non può essere un oggetto, sul quale possa ammettersi il diritto assoluto ed esclusivo di colui, che primo degli altri sia arrivato a concepirla ed esternarla. Ogni idea appartiene alla tradizione, e ciascuna di esse, considerata nella sua evoluzione, può essere riguardata come patrimonio comune dell'umanità. Il genio non crea le idee, ma le trova formate con una elaborazione lenta e successiva, la virtù sua d'intenderle e formularle non può ingenerare da parte di lui il diritto a che quello, che egli abbia trovato nel patrimonio comune e nella tradizione, sia confiscato a suo profitto, e considerato come sua proprietà. Le stesse leggi, le quali hanno attribuito ai prodotti del pensiero il carattere della proprietà, avendo ammesso che il diritto di proprietà dell'autore debba essere limitato nella sua durata, sono venute così a riconoscere, che il carattere essenziale della proprietà secondo il diritto comune, quello cioè dell'essere un diritto assoluto ed illimitato nella sua durata, manchi alla così detta proprietà letteraria ed artistica.

Bisogna per altro mettere da parte questa discussione della natura del diritto spettante all'autore di un'opera dell'ingegno sulla sua produzione, se cioè esso sia un vero diritto di proprietà o un diritto alla ricompensa pel servizio reso (1). Soprattutto dal punto di vista, sotto del quale noi intendiamo occuparci di tale materia, non può interessare affatto di discutere intorno a ciò, imperocchè, siccome e gli uni

(1) Vedi Filomusi, *Enciclopedia giuridica*, Edizione 3ª, § 40, il quale sostiene il concetto di proprietà; Cavagnari, *La filosofia del diritto e la proprietà letteraria;* Miraglia, *Filosofia del Diritto*, capitolo 8°, p. 237. Egli combatte il concetto di proprietà.

e gli altri si accordano nel vedere nel prodotto dell'ingegno un diritto che la legge civile deve regolare e proteggere, e le leggi di tutti i paesi civili sanciscono precetti per regolare e proteggere i diritti dell'autore, così questo ci basta per discutere intorno all'autorità di tali leggi alla estensione delle regole da esse sancite ed alla protezione da esse accordate sotto il punto di vista degli effetti che ne possono conseguire nei rapporti internazionali. Noi quindi ne discorreremo adoperando anche l'espressione proprietà *letteraria ed artistica* per brevità, senza accettare con ciò il concetto di coloro che ravvisano nei prodotti dell'ingegno il carattere di proprietà (1).

940. La prima controversia che può sorgere intorno a ciò è, se ammesso che la legge di uno Stato attribuisca un diritto di protezione ai prodotti del pensiero riconoscendo su di loro sotto certe condizioni da essa determinate diritti uguali a quelli, che derivano dalla proprietà secondo il diritto comune, quella che essa in ordine a ciò dispone deve essere applicato in principio ai cittadini dello Stato soltanto, o se invece dev'essere esteso altresì agli stranieri, considerando l'autore dell'opera meritevole di eguale protezione senza distinzione per la sua qualità di cittadino o straniero.

Il principio che noi abbiamo sostenuto, che cioè l'essere cittadino o straniero dev'essere indifferente per l'acquisto dei diritti privati in conformità della legge territoriale, in tutti quei casi nei quali questa non esiga con disposizione espressa codesta qualità di cittadino come condizione del godimento del diritto, deve valere per arrivare a concludere che, dato pure che il diritto di proprietà letteraria si volesse considerare come una creazione della legge civile, non potrebbe essere mai negato agli stranieri, che avessero osservato quello, che la legge

---

(1) Confr. *Congrès de la propriété littéraire tenu à Bruxelles*, 1858; Foucher, *Annales de la propriété littéraire*, 1858; *Congrès international de la propriété littéraire; Congrès de la propriété industrielle; Congrès de la propriété artistique tenu à Paris pendant l'Exposition universelle en* 1878; Villefort, *De la propriété littéraire et artistique au point de vue international;* Couhim, *Le régime international de la propriété industrielle artistique et littéraire;* Darras, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux;* Amar, *Della proprietà letteraria e dei diritti degli artisti in Italia e all'estero.*

dispone per l'acquisto del diritto, di goderne sotto le condizioni dalla stessa legge determinate. Non potrebbe infatti escludersi l'autorità territoriale della legge, e d'altronde il fatto giuridico dell'avere sotto l'impero di essa prodotto e pubblicato mediante l'impressione od altrimenti un'opera, e di avere osservato tutto quello che essa dispone per ottenere la protezione, dev'essere reputato sufficiente per potere domandare ed ottenere l'applicazione della legge, senza preoccuparsi se l'autore dell'opera sia cittadino o straniero. Intorno a ciò non sono stati sollevati dubbi, neanche di fronte al diritto francese, che ritiene in massima il godimento dei diritti civili riservato ai cittadini soltanto, sopra tutto dopo la pubblicazione della legge del 1810 ed il decreto del 1852. Il Laurent (1) però tende a sostenere che, senza tale legge e decreto, stando a quanto il Codice dispone, dovendo la proprietà letteraria essere annoverata tra i diritti civili avrebbe potuto essere reputata tra i diritti riservati ai cittadini.

941. La controversia più grave, che può nascere è, se la protezione dei diritti di autore, che siccome abbiamo detto, può derivare dalla legge territoriale; debba arrestarsi ai limiti del territorio, o se invece colui, il quale abbia acquistato il diritto di proprietà letteraria, possa esigere che l'attentato a tale diritto mediante la contraffazione e la pubblicazione sia considerato come un delitto o un attentato contro i diritti spettanti alla persona, anche quando il fatto venga a verificarsi in paese straniero. Posto che l'autore di un'opera scientifica abbia secondo la legge acquistato il diritto di proprietà letteraria, potrà essere ammesso a far valere tale suo diritto di proprietà in un altro paese, ed esigere la tutela di tale suo diritto contro chiunque vi attenti, contraffacendo e pubblicando l'opera che ad esso appartiene? In altri termini la proprietà letteraria ed artistica acquistata legittimamente secondo la legge territoriale dev'essere considerata rispetto alla persona cui appartiene, come un diritto territoriale, o dev'essere invece considerata come un diritto internazionale nel senso cioè di attribuire all'autore la facoltà d'impedire l'attentato e la contraffazione valendosi della legge vigente nel paese ove codesta contraffazione sia stata effettuata?

---

(1) *Droit civil intern.*, t. III, § 326, pag. 571.

Questa controversia non potrebbe nascere nell'ipotesi, che la legge territoriale non accordasse veruna protezione agli autori di opere, e non ammettesse conseguentemente alcun diritto di proprietà letteraria, imperocchè in tale evenienza, siccome lo straniero non potrebbe essere ammesso a far valere un diritto, che giuridicamente non esisterebbe secondo la legge territoriale, nè potrebbe utilmente invocare la legge estera, sulla quale tal diritto suo fosse fondato, a fine di essere considerato in una posizione migliore dei cittadini dello Stato così ne conseguirebbe, che il diritto di proprietà letteraria, quand'anche bene acquisito in virtù della legge del paese, in cui l'opera avesse avuto origine, non potrebbe sussistere di fronte alla legge territoriale.

La questione può essere sollevata invece nell'ipotesi, che la legge dello Stato riconosca il diritto di proprietà letteraria, e lo tuteli inibendo le contraffazioni, e qualificandole come un delitto punibile. La contraffazione di un'opera, della quale uno abbia acquistata la proprietà letteraria, in virtù della legge del paese estero, effettuata sul territorio dello Stato, che qualifichi l'attentato alla proprietà letteraria un delitto, dovrà essere reputato tale, se ha per oggetto di contraffare un'opera la proprietà della quale sia stata legalmente acquistata in virtù di legge estera? La contraffazione che è una specie di furto commesso a pregiudizio dell'autore dovrà perdere i suoi caratteri delittuosi e cessare dall'essere reputata come un furto, solo perchè sia consumata contro la proprietà letteraria straniera? Questo è il vero punto della disputa.

942. Nel risolvere tale controversia diversi criteri sono stati posti innanzi dagli scrittori e diversi sono stati i sistemi sanciti dai legislatori.

Coloro, i quali hanno considerato la proprietà letteraria come una creazione della legge civile, hanno dato tanta importanza all'elemento territoriale in questo soggetto da ritenere la protezione stessa fondata, non già sul rispetto dovuto ai diritti della persona ed al prodotto del lavoro, ma invece sull'interesse territoriale. La stessa Corte di Parigi nella sua sentenza del 22 novembre 1853 ebbe a dire, che la protezione è il giusto corrispettivo dei vantaggi, e qualche volta anche della gloria che deriva da una pubblicazione al paese. Da ciò è derivato poi il concetto di reputare tutto territoriale, ammettendo che

la sovranità non deve occuparsi, che della protezione delle opere stampate nel proprio paese (1): che le opere pubblicate all'estero devono essere considerate nel dominio del pubblico: e che ciascuno ha diritto di riprodurle, perchè tale fatto non può costituire di per sè stesso la contraffazione punibile, non dovendo considerarsi come delittuoso tranne che la contraffazione delle opere protette dalla legge, vale a dire di quelle stampate nel territorio di ciascuno Stato (2).

Altri invece hanno avuto ragione di osservare, che il diritto di proprietà degli autori, quando sia riconosciuto e tutelato dalla legge, non può dipendere dalla circostanza, che l'opera sia stata pubblicata in un luogo o in un altro. Quando si trattava di riformare la legislazione vigente in Francia a questo riguardo, nel rapporto indirizzato a Napoleone III era detto essere un inconveniente grave che lo straniero, il quale poteva acquistare e possedere sotto la protezione delle leggi le cose mobili e le cose immobili, non poteva impedire l'usurpazione delle sue opere fatta mediante la contraffazione, e si arrivava a concludere, che tale stato di cose era non solo contrario ai principii del diritto, ma a quelli altresì della giustizia universale. Non ostante ciò, sempre pel principio che le regole di diritto devono essere applicate agli stranieri tenendo conto dei temperamenti suggeriti dalla prudenza politica e dall'utilità di proteggere gl'interessi nazionali, da una parte si sosteneva, che bisognava regolare cotesta materia della proprietà letteraria all'estero coi trattati, ovvero che non si doveva concedere la protezione dei diritti di proprietà derivanti da legge straniera, che subordinatamente alla condizione della reciprocità.

Non sono mancati però i sostenitori del principio più liberale, quello cioè che conduceva ad ammettere il diritto internazionale di proprietà letteraria come un diritto assoluto ed indipendente dalla condizione di reciprocità. Nel Congresso internazionale riunito a

(1) RENOUARD, *Traité des droits des auteurs*, II, n° 73; MERLIN, voce *Contrefaçon*.

(2) Nella citata sentenza della Corte di Parigi essa così si espresse: « Si la propriété consacrée au profit des auteurs a son principe dans la composition elle-même, c'est de la publication que dérivent à l'égard des tiers son existence légale et ses prérogatives » (*Journal du Palais*, 1854, p. 174,

Bruxelles nel 1858, che fu tra i primi a studiare a fondo sotto l'aspetto giuridico, letterario, diplomatico, ed economico la questione del riconoscimento internazionale della proprietà letteraria ed artistica, furono proclamati quei principii, che sono poi serviti come base alle legislazioni moderne più liberali, ritenendo che il riconoscimento internazionale della proprietà letteraria deve essere ammesso tra gli Stati anche in mancanza di reciprocità: che l'assimilazione degli autori stranieri agli autori nazionali deve essere assoluta e completa; che gli autori stranieri non dovrebbero essere costretti ad osservare le formalità speciali richieste secondo la legge di ciascuno Stato per poter essere ammessi a invocare il rispetto della loro proprietà, ma che dovesse reputarsi sufficiente, che la proprietà fosse stata attribuita secondo la legge del paese, ove la pubblicazione originale fosse stata fatta, e le formalità da essa richieste fossero state adempiute.

943. Le leggi pubblicate nei diversi Stati sono state ispirate ai principii sostenuti dagli uni e dagli altri, e non si può dire ancora che il voto, il quale fu fatto nel mentovato Congresso di Bruxelles del 1858, che cioè tutti i paesi civili si mettessero d'accordo per adottare a riguardo della proprietà letteraria ed artistica una legislazione comune fondata su principii uniformi di diritto, ha potuto essere fino ad oggi soddisfatto. Molto cammino però si è percorso nella via del riconoscimento dei principii liberali. Le legislazioni dei diversi paesi sono state infatti modificate nel senso il più favorevole al rispetto dovuto alla proprietà letteraria straniera, molti trattati sono stati conchiusi, onde tutelarla meglio in pratica, e la creazione di un'unione internazionale per la protezione delle opere letterarie ed artistiche, effettuata mediante la convenzione conclusa il 9 settembre 1886 tra parecchi Stati, è già un avvenimento molto importante atto a soddisfare le generali aspirazioni di stabilire un diritto uniforme su tale materia (1).

---

(1) Vedi pure le notizie particolari sulla convenzione del 9 settembre 1886. CLUNET, *Étude sur la Convention d'union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques;* SOLDAIN, *Études théoriques et pratiques de droit international privé; des droits intellectuels; du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux;* e

Tra le leggi ispirate ai principii liberali deve essere annoverata tra le prime la legge belga del 22 marzo 1886, la quale fonda la prerogativa dell'autore d'impedire, che sia riprodotta senza la sua autorizzazione in qualunque maniera e sotto qual si sia forma l'opera letteraria ed artistica da lui fatta, su di un principio veramente scientifico e nuovo, quello cioè di considerare la produzione di una cosa, che prima non esisteva, come una creazione intellettiva, dal quale principio deriva poi il diritto personale, che quel legislatore attribuisce all'autore, d'impedire ad ogni altro di appropriarsi e riprodurre la sua creazione intellettiva. Partendo da tale concetto il legislatore belga attribuisce all'autore un diritto esclusivo sulla propria opera, considerando questa come un valore mobile, che appartiene in proprio al produttore, e quindi ammette non solo il diritto esclusivo di goderne ma quello altresì di cederlo e di trasmetterlo in tutto o in parte secondo le regole del Codice civile, e riconosce cotesto diritto duraturo a profitto degli eredi o aventi diritto per cinquant'anni dopo la morte dell'autore. La legge belga non subordina quindi la protezione del diritto di autore alla reciprocità, e viene così a stabilire, che cotesto diritto non può essere reputato come una creazione della legge, ma che dev'essere bensì riguardato come un diritto naturale ed un diritto personale, e sacro come la persona stessa, cui esso appartiene, per lo che esclude, che possa essere fatta alcuna differenza fra il cittadino e lo straniero, e conseguentemente esclude pure che possa essere reputato in balìa del legislatore di subordinare alla condizione della reciprocità il rispetto dovuto al diritto dell'autore (1).

La maggior parte delle altre leggi ammettono, che la proprietà letteraria ed artistica dev'essere riconosciuta indipendentemente dai trattati, ma subordina il godimento dei diritti che ne derivano, alla condizione della reciprocità. Così fa la legge spagnuola del 12 gen-

---

l'altra opera dello stesso scrittore: *Commentaire de la Convention de Berne* du 9 septembre 1886; PRADIER-FODÉRÉ, *Traité de Droit international public*, t. IV, § 282.

(1) Si confronti l'articolo del deputato BORCHGRAVE, relatore della Legge nel *Journal international privé*, 1887, pag. 403.

naio 1879 (1), la legge svizzera del 23 aprile 1883, il testo unico delle leggi sui diritti di autore pubblicato con Decreto del 19 settembre 1882 per l'Italia, che all'art. 44 stabilisce pure la condizione della reciprocità stabilita per legge o promessa dallo Stato estero (2).

In Francia la protezione alle opere straniere fu assicurata col Decreto del 28 marzo 1852, il quale non subordina veramente la protezione alla condizione della reciprocità, ma esige però, che le formalità richieste dalla legge francese pel godimento dei diritti di autore su di un'opera pubblicata in Francia, siano osservate, e bisogna inoltre notare che non tutte le opere dell'ingegno possono essere comprese tra quelle contemplate dal Decreto e molti dubbi sono infatti nati a riguardo della estensione di esso (3).

Tra le leggi che subordinano la protezione dei diritti di autore ai trattati dobbiamo rammentare la legge per l'Impero germanico pubblicata l'11 giugno 1870, la quale tutela i diritti degli autori nazionali senza distinguere se le opere di essi siano state pubblicate nell'Impero germanico o all'estero, ma rispetto alle opere pubblicate da autori stranieri fuori del territorio dell'Impero non ammette la protezione, se non quando sia stipulata da un trattato.

944. Non reputiamo opportuno di entrare in altri particolari esponendo le leggi dei diversi Stati, diciamo soltanto, che, in qualunque maniera il legislatore di ciascun paese abbia stimato di risolvere colla propria legge la controversia della protezione dovuta ai diritti di autore, non si può mettere in dubbio, che la legge da esso promulgata

---

(1) *Ley de proprietad intellectual.* È da notare che il legislatore spagnuolo ammette così col titolo della legge il concetto, che i diritti di autore costituiscono una proprietà, mentre che le altre leggi più recenti hanno escluso tale concetto.

(2) Le leggi vigenti in Italia su tale argomento erano quella del 25 giugno 1865, n° 2337 e l'altra del 10 agosto 1875, n° 2652. Colla legge del 10 di maggio 1882, n° 756 (serie 3ª) il governo del re ebbe facoltà di coordinare in un unico testo le dette leggi, ed in virtù della delegazione legislativa fu poi promulgato il decreto del 1882, che regola attualmente tale materia.

(3) Vedi l'articolo pubblicato da Renault, nel *Journal du droit international privé*, 1878, pag. 117.

debba avere autorità esclusiva nel territorio, e per decidere se all'autore spetti alcun diritto di protezione, e per determinare se sussistano le condizioni per ammettere il riconoscimento del diritto protetto dalla legge, e per risolvere ogni controversia relativa a tale materia. Noi non possiamo esaminare quindi le particolari controversie, che ne possono nascere, perchè, posto in principio l'autorità territoriale della legge, il risolvere le controversie di fronte a ciascuna determinata legge dev'essere reputata questione di diritto interno. Ci limitiamo quindi a fare alcune considerazioni generali per chiarire qualche dubbio che può nascere.

945. Nei casi, nei quali la legge di uno Stato sanzioni la protezione sotto la condizione della reciprocità, non si può mettere in dubbio in massima che la proprietà letteraria straniera debba essere protetta in ogni caso, in cui la stessa protezione sia accordata dalla legge dello Stato estero, ove la proprietà fu acquistata, ma non giova dissimulare, che anche la controversia, se sussistano o no gli estremi della reciprocità, dev'essere risoluta dal tribunale di ciascuno Stato tenendo conto dei principii vigenti in esso secondo le leggi e la giurisprudenza. Può quindi bene accadere, che in un dato caso il diritto di un autore su di un'opera pubblicata all'estero possa essere disconosciuto a cagione del ritenere il tribunale investito della causa, che in quelle date circostanze la protezione non sarebbe ammessa, se si dovesse applicare la legge dello Stato estero ad un'opera pubblicata nello Stato. Così a modo d'esempio il non essere le due leggi uniformi circa le condizioni per godere la protezione, e il richiedere l'una il deposito dei due esemplari per assicurare i diritti sull'opera pubblicata all'estero e il non richiedere ciò l'altra legge potrebbe essere reputato sufficiente ad escludere la reciprocità, per la considerazione del non essere uniformi le due leggi, che accordano la protezione alle opere pubblicate all'estero, a riguardo delle condizioni che devono verificarsi, affinchè la proprietà letteraria straniera sia protetta. Così pure la protezione potrebbe essere negata, se il tribunale ritenesse, che un dato mezzo di riproduzione non dovesse essere considerato tra quelli che in un caso analogo devono reputarsi inibiti secondo la legge estera, e tacciamo di altre ipotesi, nelle quali sofisticando sulle differenze esistenti tra due leggi,

ed adducendo il pretesto della divergenza si può arrivare a sostenere che la reciprocità non esiste punto.

Senza contestare in massima che tale controversia dev'essere risoluta secondo il prudente arbitrio dei tribunali giudicanti, dobbiamo nonpertanto notare, che incombe ad essi di tener presente, che secondo i più giusti concetti della dottrina, e del diritto moderno la protezione del prodotto dell'ingegno dev'essere reputata la meglio fondata sui principii razionali, perchè essa tenda ad assicurare il rispetto di quello, che è più personale, come è il prodotto dell'intelletto, il quale dev'essere sacro ed intangibile come la persona stessa. Per la qual cosa a noi sembra, che i tribunali debbano avere a cuore di interpretare e di applicare la legge sempre nel modo il più largo ed il più favorevole alla protezione, piuttosto che con vedute meschine restringerne il concetto, onde togliere all'uomo, sia esso cittadino o straniero, quello che gli appartiene. In Francia, quando fu pubblicato il Decreto del 19 luglio 1793, il relatore di esso ebbe ragione di dire, che di tutte le proprietà la « moins susceptible de contestation, c'est sans contredit celle des productions du génie, et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il ait fallu reconnaître cette propriété, assurer son exercice par une loi positive ». Lo stesso concetto fu espresso da Chapelier relatore del Decreto del 1791 relativo agli spettacoli. « La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain ».

Questi principii dovrebbero consigliare ad allargare la protezione delle opere dell'ingegno, piuttosto che restringerla, laonde nel dubbio, se una data produzione debba essere considerata come artistica o materiale, onde ammettere poi od escludere la protezione, deve prevalere il concetto di attribuire il carattere del prodotto artistico ad ogni cosa fatta dall'uomo, nella quale sia rivelato il pensiero, lo spirito, il gusto e l'intelligenza dell'autore, in guisa che l'insieme abbia l'impronta della personalità di esso.

946. Vi possono essere dei casi, nei quali può sorgere il dubbio, se un dato prodotto debba essere riguardato come un prodotto artistico, e meritevole come tale della protezione dovuta ad ogni opera dell'ingegno. Così, ad esempio, è stato oggetto di lunga discussione, se l'opera

fatta mediante la fotografia doveva o no essere considerata come una opera d'arte. Alcuni hanno negato ad essa tale qualità per la ragione che il lavoro fotografico si ottiene con un procedimento meccanico, e questo fu sostenuto dinanzi alla Corte di appello di Parigi dall'avvocato generale Oscar De Vallée in una sua requisitoria fatta nel 1864, e lo stesso concetto informò la dichiarazione sottoscritta da vari membri dell'Istituto di Francia in occasione del processo avvenuto in conseguenza della riproduzione dei ritratti fotografici del Conte di Cavour, e di Lord Palmerston, avendo essi protestato contro qualunque assimilazione della fotografia all'arte. Anche il Tribunale della Senna ritenne ciò nella sua sentenza de' 9 gennaio 1862, nella quale è detto che le opere prodotte coll'aiuto dei mezzi meccanici non possono in alcun caso essere assimilate alle opere dell'ingegno, e conferire all'industriale, che le fabbrichi, una proprietà simile a quella dell'artista che inventa e crea (1).

Fu perfettamente diverso il concetto accolto dalla Corte di appello di Parigi, che colla sua sentenza del 10 aprile 1862 riformò quella pronunciata dal tribunale. « Considérant, essa disse, que les dessins photographiques ne doivent pas être nécessairement et dans tous les cas considérés comme destitués de tout caractère artistique, ni rangés au nombre des œuvres purement matérielles; — Qu'en effet, ces dessins, quoique obtenus à l'aide de la chambre noire et sous l'influence de la lumière, peuvent, dans un certain degré, être produit de la pensée, de l'esprit, du génie et de l'intelligence, de l'opérateur; — Que leur perfection, indépendamment de l'habileté de la main, dépend en grande partie, dans la reproduction des paysages, du choix du point de vue, de la combinaison des effets de lumière et d'ombre, et en outre, dans les portraits, de la pose du sujet, de l'arrangement des costumes, et des accessoires, toutes choses abandonées au sentiment artistique, et qui donnent à l'œuvre du photographe l'empreinte de sa personnalité. Considérant que si les procédés inventés par Daguerre appartiennent au domaine public, et si, dès lors, chacun peut les employer, il n'en

---

(1) Tribunal de la Seine, 9 janvier 1862: Mayer et Pierson, c. Thiébault et autres (*Journal du Palais*, 1862, pag. 175).

resulte nullement que les produits réalisés à l'aide de ces procédés par l'art et l'intelligence du photographe doivent également tomber dans le domaine public (1) ». La Corte di cassazione avendo rigettato il ricorso con la sua sentenza del 28 novembre 1862 (2) riconfermò la teoria della Corte di appello.

In Italia la giurisprudenza si è pure pronunciata in senso diverso (3). Le leggi dei varii Stati hanno pure risoluto in un senso e nell'altro la questione di principio, avendo alcune ammesso espressamente che i prodotti fotografici debbano formare oggetto della protezione dovuta ai diritti di autore, come ha fatto la legge degli Stati Uniti d'America dell'8 luglio 1870, art. 86, ed avendo le altre eliminato l'assimilazione, stabilendo regole particolari per la protezione delle opere fotografiche, come è avvenuto in Germania, ove è stata promulgata la legge del 10 gennaio 1876 per regolare la protezione delle opere fotografiche, e lo stesso è accaduto per la Norvegia, ove la protezione delle fotografie è governata da una legge speciale, quella cioè del 12 maggio 1877.

947. Tralasciando di discutere la questione di principio, onde non uscire fuori del nostro campo, osserviamo soltanto, che per quello che concerne la controversia nei rapporti internazionali, dato che la legge dell'uno e dell'altro Stato stabilisse in principio, la protezione delle opere straniere dell'ingegno e dell'arte, senza statuire espressamente a riguardo dei prodotti della fotografia, si dovrebbe tener conto dei principii stabiliti dalla giurisprudenza del paese ove la questione fosse sollevata, onde decidere se i prodotti fotografici debbano o no essere compresi tra quelli che formino oggetto dei diritti di autore, e la protezione dovrebbe essere accordata dentro i limiti stabiliti dalla legge territoriale, e dalla giurisprudenza che l'abbia interpretata.

Nella convenzione del 9 settembre 1886, relativa alla prote-

---

(1) *Journal du Palais*, 1862, pag. 476.

(2) *Journal du Palais*, 1863, pag. 482.

(3) Vedi Corte di Torino 8 febbraio 1868 e quella di Roma del 17 luglio 1875, la quale ritenne che la riproduzione litografica del ritratto in fotografia di Pio IX Papa senza il consenso del fotografo non poteva essere reputato un attentato ai diritti di autore.

zione delle opere letterarie ed artistiche, il carattere, di opera artistica non si trova attribuito ai lavori fotografici, ma non si trova neanche negata ad essi. Nel protocollo infatti sottoscritto dai plenipotenziari, che firmarono la convenzione, fu stabilito nel seguente modo « il est convenu que ceux des pays de l'Union où le caractère d'œuvres artistiques n'est pas refusé aux œuvres photographiques, s'engagent à les admettre, a partir de la mise en vigueur de la Convention conclue en date de ce jour, au bénéfice de ses dispositions. Ils ne sont d'ailleurs, tenus de protéger les auteurs des dites œuvres, sauf les arrangements internationaux existants ou à conclure, que dans la mesure ou leur législation permet de le faire ».

S'intende per altro benissimo, che qualora la fotografia fosse la riproduzione di un'opera originale, la quale formasse oggetto dei diritti di autore, e fosse stata fatta coll'autorizzazione di colui, al quale l'opera d'arte originale appartenesse, essa in questo caso dovrebbe godere la stessa protezione, che spetterebbe all'autore dell'opera, perchè il fotografo in tale ipotesi potrebbe invocare la protezione legale spettante a colui, al quale appartenesse il diritto principale della riproduzione della propria opera come autore, il quale sarebbe stato ad esso ceduto coll'autorizzazione di farne la riproduzione fotografica.

948. Gli stessi principii dovrebbero valere per le opere prodotte con qualunque altro mezzo fino ad ora non conosciuto. Sempre che all'opera prodotta possa essere attribuito il carattere di lavoro, nella quale si riveli l'intelligenza dell'autore, dovrebbe essere compresa nella categoria generale delle opere d'ingegno, e la mancanza di espressa disposizione nella legge dell'altro Stato, che non avesse contemplato cotesta opera tra gli oggetti dei diritti di autore, non dovrebbe essere di per sè stessa una ragione sufficiente per negare la protezione, adducendo la mancanza della reciprocità.

949. L'altro dubbio che può nascere è a riguardo della natura dei fatti, i quali potrebbero motivare l'applicazione della legge. Così, a modo d'esempio, per decidere se sussistano o no i caratteri della contraffazione. Intorno a questo, fa di mestieri di riconoscere l'autorità prevalente di ciascuna legge territoriale; laonde ogni qual volta che sorgesse la discussione, se le pene determinate dalla legge territoriale contro

uno, che avesse attentato ai diritti di autore, dovessero essere applicate, converrà decidere a norma della legge vigente nello Stato, ove la riproduzione o la contraffazione si fosse verificata, purchè però l'applicazione fosse fatta colle stesse norme e cogli stessi criteri, come se si dovesse giudicare nel caso di contravvenzione commessa a pregiudizio di un'opera di origine nazionale. Potrebbe quindi bene accadere, che si dovesse reputare contravvenzione punibile un fatto contemplato dalla legge territoriale, che non fosse considerato tale nel paese stesso, in cui l'opera avesse avuto origine.

Consideriamo ad esempio i diritti di autore di un'opera musicale o drammatica, e supponiamo, che secondo la legge dell'uno o dell'altro Stato fosse sancito il principio di proteggere il diritto di tali opere sulla base della reciprocità. Dato che l'autore dell'opera straniera avesse osservato le formalità richieste dalla legge territoriale, onde stabilire e far riconoscere il suo diritto, a noi sembra, che egli potrebbe invocare le garanzie legali per i fatti consumati sullo Stato violando la legge ivi imperante, e che non potrebbe essere una ragione, che la legge dell'altro paese non punisse nella stessa maniera gli attentati ai diritti d'autore drammatico. Questo diciamo, perchè la reciprocità ci sembra doversi cercare nell'ammettere le leggi dei due paesi la protezione dei diritti di autore dell'opera musicale o drammatica straniera, ma non già nelle sanzioni penali sancite per impedire l'attentato ai diritti protetti. Conseguentemente, se secondo la legge di uno dei due Stati fosse qualificato come attentato ai diritti di autore o di opera musicale o drammatica non solo la riproduzione e la stampa di essa ma la rappresentazione e la riproduzione in pubblico, l'autore avrebbe diritto di domandare l'applicazione della legge territoriale, contro di colui, che facesse eseguire l'opera adatta a pubblico spettacolo senza il suo consenso. Non sarebbe una buona ragione per disconoscere tale suo diritto l'addurre, che la legge estera non punisse quella data forma di rappresentazione o d'esecuzione di un'opera musicale fatta senza consenso dell'autore, imperocchè, siccome si dovrebbe decidere a norma della legge territoriale quello che costituisse l'attentato, e noi abbiamo supposto che a norma di essa la rappresentazione senza il consenso dell'autore sia

reputata contravvenzione, così dovrebbe essere applicato quello che la legge territoriale disponesse per la tutela legale dei diritti di autore, e i fatti consumati là, ove tale legge imperasse dovrebbero legittimare l'applicazione delle sanzioni penali, e non potrebbero essere escluse adducendo il principio della reciprocità. Questa in sostanza deve valere per stabilire se il diritto deve ritenersi esistente, e se debba essere reputato meritevole di protezione, ma per decidere poi se vi sia o no attentato al diritto protetto, se sussista o no la contravvenzione, e se debba essere punita, questo dev'essere reputato nel dominio esclusivo della legge territoriale, e non può essere il caso di appigliarsi al principio della reciprocità per decidere circa l'autorità della legge.

Per le medesime ragioni dovrà essere applicata la legge territoriale per decidere se la vendita delle opere riprodotte o contraffatte costituisca un delitto punibile e sotto quali condizioni, e così pure se sia punibile la vendita di opere contraffatte o riprodotte, o ridotte all'estero senza autorizzazione.

950. Una delle lunghe dispute circa la contraffazione delle opere di musica appartenenti all'autore di esse è stata quella, che è nata a proposito della riproduzione di una composizione musicale fatta mediante i procedimenti meccanici, come sono i cilindri a punta degli organi musicali, e senza autorizzazione dell'autore. La Corte di cassazione francese aveva ritenuto come reato di contraffazione la riproduzione fatta con tale mezzo, colla sua sentenza del 13 febbraio 1863 pronunciata in seguito a vive discussioni giudiziarie e rinvii (1). Il tribunale

(1) Vedi le fasi di cotesto processo, che fu iniziato il 30 maggio 1861, e giudicato dal Tribunale della Senna dalla Corte di Parigi e poi da quella di Rouen e di Orléans, nel *Journal du Palais*, 1863, pag. 799. — Reputiamo utile di riportare il ragionamento fatto dalla Corte di Orléans: « On peut dire que la musique est une combinaison des sons, qu'on ne peut commercialement reproduire qu'après avoir acquis l'autorisation de la part du compositeur ou créateur; que tout instrument mécanique, exécuteur d'airs, fabriqué et mis en vente sans cette autorisation, est un instrument contrefacteur, non-seulement en ce qu'il fournit à son possesseur un moyen de s'approprier la pensée musicale, de fixer dans sa mémoire le thème ou la mélodie, mais encore en ce que cet instrument est de lui-même un agent direct d'exécution, d'émission, de mise au jour de la combinaison de sons qui constitue l'œuvre réservé ».

di Leipzig ritenne pure la stessa massima. Non entriamo nei particolari per quello che concerne la questione di principio, notiamo soltanto, che tanto in questa circostanza come in ogni altro caso simile si deve ritenere, che bisogna decidere in conformità della legge territoriale, se il fatto, sul quale l'autore fonda la istanza per la protezione legale del diritto a lui spettante, costituisca o no un attentato al diritto stesso e deve conseguentemente ammettersi che sia nel potere del magistrato territoriale non solo di decidere, apprezzando le circostanze del fatto, se un'opera qualsiasi debba essere reputata un'opera d'arte o d'ingegno a senso della legge, ma di decidere altresì se esista o no la lesione dei diritti garantiti all'autore.

Nella convenzione su mentovata del 9 settembre 1886 la questione di principio trovasi così risoluta all'art. 3 del protocollo: « Il est entendu que la fabrication et la vente des instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique empruntés au domaine privé ne sont pas considérées comme constituant le fait de contrefaçon musicale ».

951. Reputiamo opportuno di notare, che si dovrà in ogni caso tener presente la legge dello Stato, ove l'autore abbia acquistato i suoi diritti, onde decidere se ad esso competa o no la proprietà dell'opera, laonde qualora egli non potesse giustificare di avere acquistato tale diritto nel paese, nel quale l'opera avesse avuto origine, non potrebbe al certo essere ammesso a domandarne la protezione in un altro paese. Dal che poi consegue, che, se a norma della legge del paese, ove la proprietà letteraria o artistica fu originata, debba reputarsi estinto il diritto di autore per la decorrenza del tempo stabilito dalla legge, tale diritto suo dovrebbe ritenersi estinto pure negli altri paesi, nei quali il rispetto e la protezione era prima dovuto, non ostante che a norma della legge in uno di tali paesi vigente fosse maggiore la durata del tempo per la protezione dei diritti di autore. Qualora poi la tutela dei diritti di autore avesse una durata maggiore secondo il paese di origine di quella stabilita dalla legge del paese estero, non si potrà concedere all'autore d'invocare la legge del paese, nel quale ebbero origine i suoi diritti di proprietà, onde goderne nell'estero Stato per una durata maggiore di quella stabilita dalla legge territoriale. Trascorso il tempo

durante il quale la legge territoriale ammette in favore dell'autore la tutela dei suoi diritti, non può egli domandare la protezione, perchè si deve ritenere estinto ogni diritto di proprietà, dato che questo non possa sussistere secondo la legge territoriale oltre un determinato tempo.

Riesce chiaro parimente, che qualora a norma della legge territoriale fosse richiesto l'adempimento di certe formalità da parte dell'autore, onde concedergli di domandare l'applicazione della legge sui diritti di autore, tale adempimento dev'essere reputato condizione indispensabile per potere essere ammesso a far valere i proprii diritti.

Il diritto dell'autore sull'opera propria non può comprendere quello di vietarne la traduzione. Bisogna infatti considerare, che essendo la traduzione un lavoro intellettivo, dev'essere riguardata di per sè stessa come opera dell'ingegno del traduttore, e conseguentemente la protezione deve spettare piuttosto al traduttore, cui appartiene la traduzione da lui fatta, che all'autore dell'opera nel senso di tutelare anche il diritto di lui d'impedirne la traduzione.

952. Possiamo nonpertanto ammettere, che a fine di ricompensare l'autore del servigio da esso reso alla società coll'opera del suo ingegno possa essere accordato a lui stesso il diritto di autorizzare la traduzione della sua opera letteraria o scientifica, o la riduzione della sua opera musicale. Questo però, che può essere ritenuto conforme ai principii della giustizia, e dell'equità, dovrebb'essere concordato mediante patto espresso o con la legge internazionale relativa a tale materia, concedendo all'autore il diritto esclusivo di fare o di autorizzare la traduzione dentro un certo termine (poniamo non maggiore di 10 anni), passato il quale sarebbe poi in facoltà di ognuno di tradurre l'opera originale e di pubblicarla.

Dato che il diritto di traduzione fosse riservato all'autore egli dovrebbe essere tutelato nel godimento di tale diritto, e non dovrebbe occorrere ch'egli annunziasse la sua intenzione di volersi valere della riserva. Non si deve infatti presumere che uno rinunzi ai suoi diritti, solo perchè non dichiari di volerne profittare.

La traduzione fatta dall'autore, o da chi sia stato da lui autorizzato, deve essere protetta come ogni opera originale; se invece il

diritto di traduzione fosse caduto nel dominio del pubblico non si potrebbe al certo ammettere che al traduttore dovessero essere attribuiti per rapporto alla versione dell'opera originale da esso fatta gli stessi diritti che ad un autore, non potendosi ammettere il diritto esclusivo di traduzione in favore del primo traduttore di un'opera qualsiasi. Bisognerà quindi, ritenere che al traduttore devono essere attribuiti i diritti di autore sulla propria traduzione, con tutte le garanzie legali stabilite dalla legge per le opere dell'ingegno, ma egli non potrà impedire che altri traduca alla propria maniera la stessa opera originale.

953. Tralasciando di discutere più a lungo intorno a tale soggetto, ci limitiamo a stabilire, che, a nostro modo di vedere, in ogni caso, nel quale le leggi particolari dei singoli Stati non avessero con disposizione espressa provveduto a risolvere le questioni di principio converrà attenersi a quanto in ordine a ciò si trova stabilito nella convenzione internazionale per la protezione delle opere letterarie ed artistiche conclusa originariamente il 9 settembre 1886 tra il Belgio, la Francia, la Germania, la Gran Bretagna, la repubblica di Haïti, l'Italia, la repubblica di Liberia, la Confederazione Svizzera, e Tunisi. Essa non solo costituisce uno degli atti internazionali importanti del nostro secolo, mediante il quale tra i paesi contraenti costituiti in istato d'Unione è stato stabilito un diritto internazionale uniforme per la protezione delle opere dell'ingegno, ma dev'essere riguardata altresì come il risultato delle lunghe discussioni fatte nelle Conferenze che la prepararono tenendo conto dei voti formulati nei numerosi Congressi tenuti dopo quello di Bruxelles del 1858 (1) in conformità della dottrina moderna.

---

(1) Ecco il testo della convenzione: Article premier. — Les pays contractants sont constitués à l'état d'Union pour la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques.

Art. 2. — Les auteurs ressortissants à l'un des pays de l'Union, ou leurs ayants cause, jouissent, dans les autres pays, pour leurs œuvres, soit publiées dans un de ces pays, soit non publiées, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux.

La jouissance de ces droits est subordonnée à l'accomplissement des conditions et formalités prescrites par la législation du pays d'origine de l'œuvre; elle ne peut excéder, dans les autres pays, la durée de la protection accordée dans ledit pays d'origine.

Est considéré comme pays d'origine de l'œuvre, celui de la première publication, ou, si cette publication a lieu simultanément dans plusieurs pays de l'Union, celui d'entre eux dont la législation accorde la durée de protection la plus courte.

Pour les œuvres non publiées, le pays auquel appartient l'auteur, est considéré comme pays d'origine de l'œuvre.

ART. 3. — Les stipulations de la présente Convention s'appliquent également aux éditeurs d'œuvres littéraires ou artistiques publiées dans un des pays de l'Union, et dont l'auteur appartient à un pays qui n'en fait pas partie.

ART. 4. — L'expression « œuvres littéraires et artistiques » comprend les livres, brochures ou tous autres écrits; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les compositions musicales avec ou sans paroles; les œuvres de dessin, de peinture, de sculpture, de gravure; les lithographies, les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis et ouvrages plastiques, relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences en général; enfin toute production quelconque du domaine littéraire, scientifique ou artistique, qui pourrait être publiée par n'importe quel mode d'impression ou de reproduction.

ART. 5. — Les auteurs ressortissants à l'un des pays de l'Union, ou leurs ayants cause, jouissent, dans les autres pays, du droit exclusif de faire ou d'autoriser la traduction de leurs ouvrages jusqu'à l'expiration de dix années à partir de la publication de l'œuvre originale dans l'un des pays de l'Union.

Pour les ouvrages publiés par livraisons, le délai de dix années ne compte qu'à dater de la publication de la dernière livraison de l'œuvre originale.

Pour les œuvres composées de plusieurs volumes publiés par intervalles, ainsi que pour les bulletins ou cahiers publiés par des sociétés littéraires ou savantes ou par des particuliers, chaque volume, bulletin ou cahier est, en ce qui concerne le délai de dix années, considéré come ouvrage séparé.

Dans les cas prévus au présent article, est admis comme date de publication, pour le calcul des délais de protection, le 31 décembre de l'année dans laquelle l'ouvrage a été publié.

ART. 6. — Les traductions licites sont protégées comme des ouvrages originaux. Elles jouissent, en conséquence, de la protection stipulée aux articles 2 et 3 en ce qui concerne leur reproduction non autorisée dans les pays de l'Union.

Il est entendu que, s'il s'agit d'une œuvre, pour laquelle le droit de traduction est dans le domaine public, le traducteur ne peut pas s'opposer à ce que la même œuvre soit traduite par d'autres écrivains.

ART. 7. — Les articles de journaux ou de recueils périodiques publiés dans l'un des pays de l'Union peuvent être reproduits, en original ou en traduction, dans les autres pays de l'Union, à moins que les auteurs ou éditeurs ne l'aient expressément interdit. Pour les recueils, il peut suffire

que l'interdiction soit faite d'une manière générale en tête de chaque numéro du recueil.

En aucun cas, cette interdiction ne peut s'appliquer aux articles de discussion politique ou à la reproduction des nouvelles du jour et des *faits divers.*

Art. 8. — En ce qui concerne la faculté de faire licitement des emprunts à des œuvres littéraires ou artistiques pour des publications destinées a l'enseignement ou ayant un caractère scientifique, ou pour des chrestomathies, est réservé l'effet de la législation des pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux.

Art. 9. — Les stipulations de l'article 2 s'appliquent à la représentation publique des œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, que ces œuvres soient publiées ou non.

Les auteurs d'œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, ou leurs ayants cause, sont, pendant la durée de leur droit exclusif de traduction, réciproquement protégés contre la représentation publique non autorisée de la traduction de leurs ouvrages.

Les stipulations de l'article 2 s'appliquent également à l'exécution publique des œuvres musicales non publiées ou de celles qui ont été publiées, mais dont l'auteur a expressément déclaré sur le titre ou en tête de l'ouvrage qu'il en interdit l'exécution publique.

Art. 10. — Sont spécialement comprises parmi les reproductions illicites auxquelles s'applique la présente Convention, les appropriations indirectes non autorisées d'un ouvrage littéraire ou artistique, désignées sous des noms divers, tels que: *adaptations, arrangements de musique,* etc., lorsqu'elles ne sont que la reproduction d'un tel ouvrage, dans la même forme ou sous une autre forme, avec des changements, additions ou retranchements, non essentiels, sans présenter d'ailleurs le caractère d'une nouvelle œuvre originale.

Il est entendu que, dans l'application du présent article, les tribunaux des divers pays de l'Union tiendront compte, s'il y a lieu, des réserves de leurs lois respectives.

Art. 11. — Pour que les auteurs des ouvrages protégés par la présente Convention soient, jusqu'à preuve contraire, considérés comme tels et admis, en conséquence, devant les tribunaux des divers pays de l'Union à exercer des poursuites contre les contrefaçons, il suffit que leur nom soit indiqué sur l'ouvrage en la manière usitée.

Pour les œuvres anonymes ou pseudonymes, l'éditeur dont le nom est indiqué sur l'ouvrage est fondé à sauvegarder les droits appartenant à l'auteur. Il est, sans autres preuves, réputé ayant cause de l'auteur anonyme ou pseudonyme.

Il est entendu, toutefois, que les tribunaux peuvent exiger, le cas échéant, la production d'un certificat délivré par l'autorité compétente, constatant que les formalités prescrites, dans le sens de l'article 2, par la législation du pays d'origine ont été remplies.

Art. 12. — Toute œuvre contrefaite peut être saisie à l'importation dans ceux des pays de l'Union où l'œuvre originale a droit à la protection légale.

La saisie a lieu conformément à la législation intérieure de chaque pays.

Art. 13. — Il est entendu que les dispositions de la présente Convention ne peuvent porter préjudice, en quoi que ce soit, au droit qui appartient au Gouvernement de chacun des pays de l'Union de permettre, de surveiller, d'interdire, par des mesures de législations ou de police intérieure, la circulation, la représentation, l'exposition de tout ouvrage ou production à l'égard desquels l'autorité compétente aurait à exercer ce droit.

Art. 14. — La présente Convention, sous les réserves et conditions à déterminer d'un commun accord, s'applique à toutes les œuvres qui, au moment de son entrée en vigueur, ne sont pas encore tombées dans le domaine public dans leur pays d'origine.

Art. 15. — Il est entendu que les Gouvernements des pays de l'Union se réservent respectivement le droit de prendre séparément, entre eux, des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements conféreraient aux auteurs ou à leurs ayants cause des droits plus étendus que ceux accordés par l'Union, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente Convention.

Art. 16. — Un office international est institué sous le nom de *Bureau internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.*

Ce Bureau, dont les frais sont supportés par les Administrations de tous les pays de l'Union, est placé sous la haute autorité de l'Administration supérieure de la Confédération Suisse, et fonctionne sous sa surveillance. Les attributions en sont déterminées d'un commun accord entre les pays de l'Union.

Art. 17. — La présente Convention peut-être soumise à des révisions en vue d'y introduire les améliorations de nature à perfectionner le système de l'Union.

Les questions de cette nature, ainsi que celles qui intéressent à d'autres points de vue le développement de l'Union. seront traitées dans des Conférences qui auront lieu successivement dans les pays de l'Union entre les délégués desdits pays.

Il est entendu qu'aucun changement à la présente Convention ne sera valable pour l'Union que moyennant l'assentiment unanime des pays qui la composent.

Art. 18. — Les pays qui n'ont point pris part à la présente Convention et qui assurent chez eux la protection légale des droits faisant l'objet de cette Convention, seront admis à y accéder sur leur demande.

Cette accession sera notifiée par écrit au Gouvernement de la Confédération Suisse, et par celui-ci à tous les autres.

Elle emportera, de plein droit, adhésion à toutes les clauses et admission à tous les avantages stipulés dans la présente Convention.

Art. 19. — Les pays accédant à la présente Convention ont aussi le droit d'y accéder en tout temps pour leurs colonies ou possessions étrangères.

Ils peuvent, à cet effet, soit faire une déclaration générale par laquelle toutes leurs colonies ou possessions sont comprises dans l'accession, soit nommer expressément celles qui y sont comprises, soit se borner à indiquer celles qui en sont exclues.

Art. 20. — La présente Convention sera mise à exécution trois mois après l'échange des ratifications, et demeurera en vigueur pendant un temps indéterminé, jusqu'à l'expiration d'une année à partir du jour où la dénonciation en aura été faite.

Cette dénonciation sera adressée au Gouvernement chargé de recevoir les accessions. Elle ne produira son effet qu'à l'égard du pays qui l'aura faite, la Convention restant exécutoire pour les autres pays de l'Union.

Art. 21. — La présente Convention sera ratifiée, et les ratifications en seront échangées à Berne, dans le délai d'un an au plus tard.

Article additionnel. — Les Plénipotentiaires réunis pour signer la Convention concernant la création d'une Union international pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, sont convenus de l'article additionnel suivant, qui sera ratifié en même temps que l'acte auquel il se rapporte:

La Convention conclue à la date de ce jour n'affecte en rien le maintien des Conventions actuellement existantes entre les pays contractants, en tant que ces Conventions confèrent aux auteurs ou à leurs ayants cause des droits plus étendus que ceux accordés par l'Union, ou qu'elles renferment d'autres stipulations qui ne sont pas contraires à cette Convention.

CAPITOLO XI.

Della proprietà industriale.

954. Sotto quale punto di vista si discorre della proprietà industriale. — 955. Autorità delle leggi di Stati diversi in ordine a ciò. — 956. La proprietà della marca di commercio deriva dalla legge civile. — 957. Non è lo stesso del nome commerciale. — 958. Sono diverse le leggi degli Stati in materia di marche. — 959. Belgio. — 960. Francia. — 961. Lussemburgo. — 962. Danimarca. — 963. Brasile. — 964. Germania. — 965. Italia e altri Stati. — 966. Gran Bretagna. — 967. Utilità di un accordo; convenzione internazionale del 1883. — 968. La protezione della proprietà industriale non dev'essere stabilita solo a favore dei cittadini. — 969. Non lo dev'essere a favore soltanto di chi eserciti il commercio nello Stato. — 970. La rappresaglia non può essere elevata a regola di diritto. — 971. Condizioni alle quali dev'essere subordinata la proprietà internazionale delle marche. — 972. Formalità indispensabile secondo la legge italiana. — 973. Controversia circa l'uso illegale delle marche straniere non depositate. — 974. Teoria dei tribunali italiani e sua grande importanza dottrinale. — 975. Come debba essere applicata la legge territoriale alle marche straniere. — 976. Se le società straniere possono invocare la protezione legale. — 977. Se gli abitanti delle colonie possono profittare dei trattati conclusi dalla loro madre-patria. — 978. Il rispetto del nome commerciale è indipendente dai trattati. — 979. Diritti vigenti in Francia. — 980. Teoria delle Corti belghe circa l'usurpazione del nome commerciale straniero. — 981. Teoria dei tribunali italiani. — 982. Principii che dovrebbero regolare l'uso del nome commerciale straniero. — 983. Controversia in caso di nome frammisto a segni emblematici. — 984. Del privilegio concesso agl'inventori col brevetto. — 985. Non si possono applicare gli stessi principii che alla proprietà industriale. — 986. Autorità territoriale delle leggi in materia di brevetti. — 987. Oggetti contraffatti all'estero e di transito. — 988. Oggetti contraffatti all'estero e messi in mostra alle Esposizioni internazionali. — 989. Applicazione dei trattati circa le prerogative industriali. — 990. Dell'espropriazione dell'invenzione privilegiata. — 991. Si esamina il caso di una cessione d'invenzione privilegiata di cui il cessionario non abbia potuto profittare nello Stato estero.

954. I diritti degl'industriali sui prodotti della loro industria, come pure quelli dei fabbricanti, dei commercianti sulle marche di fabbrica, sulle insegne di commercio, e sul nome commerciale; quelli degli

inventori sui modelli, sui disegni e sulle cose da ciascuno di essi inventate, devono essere protetti dalla legge, perchè essi pure devono essere riguardati come parti del patrimonio della persona, a cui appartengono ed alla quale dev'essere garantito l'uso esclusivo di tali oggetti a proprio profitto.

Noi non vogliamo discutere circa il fondamento giuridico di questo diritto esclusivo di appropriarsi il profitto dei prodotti del commercio e dell'industria, soprattutto sotto il punto di vista della persona, cui il diritto dev'essere attribuito, imperocchè la trasformazione delle materie prime, effettuata mediante il lavoro, che vale ad attribuire ad esse un valore commerciale, ed un valore industriale, essendo l'effetto del concorso del capitale e dell'attività propria dell'operaio, il diritto dell'uso esclusivo del profitto dovrebbe essere garantito all'uno ed all'altro. A noi però non incombe d'occuparci di ciò, e ci limitiamo soltanto ad osservare, che le leggi dei diversi Stati, a fine di assicurare e di favorire il progresso dell'industria e del commercio, hanno sanzionato la protezione dei diritti dei fabbricanti sui loro prodotti, e degli inventori e degli autori industriali sulle opere, ammettendo il concetto della proprietà industriale, così come abbiamo detto nel capitolo antecedente, che hanno ammesso quello della proprietà letteraria ed artistica, ed hanno riguardato come oggetto della proprietà industriale le marche di fabbrica, il nome commerciale, le insegne di commercio, i disegni o modelli industriali, ed i brevetti d'invenzione, concedendo a coloro, cui i detti oggetti devono essere attribuiti, il diritto di rivendicarne per sè l'uso esclusivo e d'impedire agli altri di farne uso. Una notabile differenza si trova però tra le leggi degli Stati, che ammettono la proprietà industriale e a riguardo delle condizioni, sotto le quali il diritto può essere acquistato o perduto, e a riguardo di quello che può formare oggetto della proprietà industriale, e a riguardo delle persone, alle quali dev'essere tutelato il godimento di tale diritto.

955. Per quello che concerne le condizioni, sotto le quali la proprietà industriale può essere acquistata o perduta, si può ammettere, in massima, che tutto debba dipendere dalla legge territoriale, a cui deve spettare di determinare le condizioni per acquistare il diritto di rivendicare per sè l'uso esclusivo di un prodotto dell'industria.

Una delle condizioni sanzionate in tutte le leggi per acquistare la proprietà d'una marca di fabbrica è il deposito e la registrazione della medesima. La marca di fabbrica non è infatti di per sè stessa oggetto di proprietà, perchè essa non è nè una produzione, nè una creazione intellettiva. Colui che adopera una figura geometrica, un segno, un emblema qualunque per individualizzare i prodotti del proprio commercio non può sostenere di esserne divenuto proprietario. Il diritto suo d'individualizzare i prodotti del proprio commercio e di rendere avvertiti gli avventori di non confondere questi con i prodotti degli altri deve al certo ritenersi fondato sullo stesso diritto naturale, ma la facoltà di fare ciò appropriandosi quel dato segno, quel dato emblema, e d'impedirne ad ogni altro di farne uso ammettendo che quel segno caratteristico sia divenuto come un oggetto di proprietà di lui, questo deve essere reputato come fondato sulla legge civile, la quale a fine di tutelare la lealtà del commercio, e d'impedire che i compratori siano tratti in inganno, può concedere il diritto dell'uso esclusivo di quel dato segno caratteristico a colui, che l'abbia scelto per distinguere la propria produzione da quella degli altri. Ora si comprende come, affinchè cotesto diritto possa essere stabilito, affermato, specificato, deve ciascuna legge determinare le condizioni per potere ciò fare, e conseguentemente, siccome tutto dipende dalla legge civile, non si può fare a meno di ammettere che si deve a norma di essa decidere circa le condizioni, sotto le quali il diritto alla marca di fabbrica può essere acquistato, e quando esso debba reputarsi perduto. Bisogna quindi decidere a norma della legge territoriale, se l'uso di un dato segno più o meno apparente per distinguere certi prodotti possa essere o no tutelato a colui, che a tal fine lo abbia adoperato.

956. Secondo certe leggi non solo i segni caratteristici possono divenire una proprietà commerciale, ma il modo stesso d'inviluppare certi oggetti, le locuzioni generali usate per indicare la natura e la provenienza degli oggetti, il colore per determinare la loro qualità, possono essere compresi tra gli oggetti di proprietà commerciale, ma riesce chiaro, come tale condizione di cose, e tale limitazione di libertà del commercio non possano in massima essere ammesse, che dentro i limiti del territorio, sul quale imperi la legge, da cui il diritto

dell'uso esclusivo derivi. Supposto che in un dato paese quei segni non siano reputati caratteristici e distintivi, a cagione dell'essere essi caduti nel dominio del pubblico, riesce chiaro, come il carattere della proprietà non potrebbe essere attribuito ad essi in opposizione di quello che disponesse la legge territoriale.

In conformità di questi principii bisogna ritenere in massima, che, siccome la proprietà della marca di fabbrica deriva dalla legge civile, così è mestieri di applicare quella vigente in ciascun paese onde determinare innanzi tutto, se un dato segno possa o no costituire la marca di fabbrica, e per valutare altresì le condizioni, sotto le quali il diritto dell'uso legale di essa debba essere ammesso, e precisare le formalità che devono essere osservate a fine di ottenere la protezione legale, e decidere poi circa i fatti, i quali devono essere reputati come un attentato ai diritti del commerciante tutelati dalla legge. Intorno a tutto ciò deve riconoscersi, a noi sembra, senza contestazione l'autorità territoriale della legge di ciascun paese.

957. Non possiamo ammettere lo stesso a riguardo di quello che appartiene a ciascuno per diritto proprio, e non già per concessione della legge civile, come è il nome commerciale. Il diritto spettante a ciascuno di usare esclusivamente il nome proprio non può essere equiparato a quello spettante al commerciante di usare la marca di commercio da lui scelta per contraddistinguere certi prodotti. Il nome rappresenta infatti la persona stessa, è il riassunto di tutti gli elementi della individualità, e non si può contestare che esso formi parte del patrimonio di ciascuno: chè siccome uno non può usurpare il nome di un altro, così deve avere il diritto d'impedire che altri usurpi il suo. Ora siccome il nome non è una marca, salvo il caso però che da colui stesso cui appartiene, non sia stato trasformato in una marca di fabbrica, così non si può in massima sostenere, che il diritto dell'uso esclusivo del proprio nome debba essere fondato sulla legge civile, così come abbiamo detto della marca di fabbrica. Nel fatto però siccome le leggi di alcuni Stati assimilano il nome commerciale alla marca di fabbrica, così bisognerà anche a riguardo di ciò ammettere l'autorità territoriale della legge, dovendo in ogni caso decidersi a norma di questa, quali diritti di proprietà debbano reputarsi tutelati, e come gli attentati

ai diritti tutelati dalla legge debbano essere puniti. Noi ritorneremo su questo soggetto che riguarda il nome commerciale in seguito.

958. La più grave controversia circa la proprietà industriale è quella, che è nata a riguardo delle persone, alle quali dev'essere dato di poterne godere. Troviamo infatti in ordine a ciò che una sostanziale differenza è stata fatta tra i cittadini e gli stranieri, avendo alcune leggi ritenuto in principio che la protezione della proprietà industriale deve mirare principalmente a tutelare gl'interessi dei produttori e commercianti nazionali, e così hanno negato agli stranieri ogni protezione legale, eccetto il caso che essa fosse stabilita sulla base della reciprocità in forza di trattato. Altre leggi si sono limitate poi ad esigere in massima la reciprocità, e poche soltanto sono quelle che hanno eliminata ogni differenza tra cittadino e straniero a riguardo del diritto di appropriarsi una marca di commercio per proprio uso esclusivo, quando fossero state adempiute le disposizioni della legge per acquistare la proprietà della marca.

959. Secondo la legge belga del 1° aprile 1879 sono assimilati ai cittadini gli stranieri soltanto, che posseggono nel Belgio uno stabilimento d'industria o di commercio, anche quando non abbiano ottenuto l'autorizzazione a stabilire il domicilio civile in quel paese. Gli stranieri invece, che non abbiano uno stabilimento, possono godere il beneficio della protezione delle marche di fabbrica adempiendo alle formalità, che quella legge prescrive, ma sotto la condizione però « que dans les pays où leurs établissements sont situés, des conventions internationales ont stipulé la réciprocité pour les marques belges ». In conseguenza quindi di quanto quella legge dispone all'art. 6, non basta la reciprocità stabilita per legge, ma è reputata indispensabile la reciprocità convenzionale, vale a dire un trattato, in virtù del quale la protezione delle marche rispettive sia tutelata a reciprocità tra il Belgio ed il paese, nel quale il proprietario della marca eserciti la sua industria ed il suo commercio (1).

---

(1) Vedi Broun, *Des droits des étrangers en Belgique en matière de marques de fabrique et de commerce, et de nom commercial,* nel *Journal du droit int. privé,* 1881, p. 358.

960. Era lo stesso in Francia, secondo la legge del 1857, la quale segnò un primo progresso rispetto alle leggi anteriori, sanzionando negli articoli 5 e 6 il diritto di protezione delle marche di fabbrica degli stranieri, che avevano in Francia uno stabilimento commerciale, e senza subordinarne il godimento alla condizione di essere autorizzati a stabilire il domicilio in Francia, come per gli altri diritti civili. Rispetto poi agli stranieri e agli stessi francesi, i quali avevano i loro stabilimenti commerciali fuori della Francia, quella legge disponeva all'art. 6, che essi potevano godere la protezione dei prodotti di tali stabilimenti, se nei paesi, ove essi trovavansi situati, la protezione era accordata alle marche francesi in virtù delle convenzioni diplomatiche concluse per stabilire la reciprocità. Ma la legge del 26 novembre 1873 (1) ha modificato nel senso più liberale la legge anteriore, avendo ritenuto sufficiente la reciprocità stabilita per legge. L'art. 9 dispone infatti nel seguente modo: « Les dispositions des autres lois en vigueur touchant le nom commercial, les marques, dessins ou modèles de fabriques seront appliquées au profit des étrangers, si dans leur pays la législation ou des traités internationaux assurent aux Français les mêmes garanties » (2).

961. Tra le leggi più recenti che esigono ognora la reciprocità fondata sui trattati dobbiamo rammentare quella del Lussemburgo promulgata il 28 marzo 1883, e che fu redatta sulle orme della legge francese del 1857 e di quella belga del 1879 (3).

962. Il principio della reciprocità stabilita per legge si trova nell'attualità più generalmente ammessa, laonde si ha ragione di dire, che sono pochi gli Stati che ritengono il diritto della protezione fondato unicamente sui trattati. Noi troviamo infatti che per la Danimarca a

---

(1) Vedi nel Bollettino: *lois relatives à l'établissement d'un timbre ou signe spécial destiné à être apposé sur les marques commerciales et de fabrique*, e vedi pure il decreto del 25 giugno 1874 che contiene il regolamento di pubblica amministrazione per l'esecuzione di tale legge.

(2) Per maggiori particolari circa i diritti spettanti agli stranieri in Francia in materia di marca di fabbrica v. Pouillet, *Traité de marque*, ecc. e l'articolo del medesimo nel *Journal int. privé*, 1875, pag. 257.

(3) Vedi il testo di cotesta legge nell'*Annuaire de législation étrangère*, 1884, pag. 563.

norma della legge del 2 luglio 1880, che regola la protezione delle marche di fabbrica e di commercio, i benefizi della legge sono estesi a tutti coloro che esercitano in quel paese l'industria ed il commercio, e che abbiano osservate le prescrizioni con la legge sancite. A riguardo poi di coloro che esercitano il commercio all'estero quella legge dispone nel seguente modo all'art. 19 « il benefizio della presente legge può essere esteso mediante ordinanza reale ai negozianti, che hanno la sede delle loro operazioni all'estero sotto condizione di reciprocità ed inoltre sotto le seguenti condizioni:

« 1° Colui che farà la dichiarazione dovrà indicare un agente domiciliato in Danimarca; 2° Dovrà giustificare di avere osservate le condizioni prescritte nel luogo, ove esso risiede, per la protezione della marca; 3° Egli non godrà del diritto della presente legge che a norma (per la riserva e la durata) di quanto dispone la legge del paese ove sarà stato a lui assicurato il diritto di protezione » (1).

963. La regola della reciprocità stabilita per legge trovasi pure sancita dalla legge pel Brasile del 23 ottobre 1875, la quale è inoltre dichiarata applicabile a tutti coloro, che hanno uno stabilimento d'industria o di commercio, anche se fossero stranieri (2).

964. Anche nella legge del 30 novembre 1874, la quale regola la protezione delle marche di fabbrica per l'Impero Germanico trovasi stabilito il principio della protezione delle marche dei nomi e delle ragioni commerciali di coloro, che hanno i loro stabilimenti fuori della Germania, a condizione però che la legge del paese, ove tali stabilimenti si trovino, accordi la protezione alle marche, ai nomi, e alle ragioni commerciali degl'industrianti stabiliti nell'Impero Germanico, e che tale protezione legale sia constatata mediante un avviso pubblicato nel bollettino delle leggi dell'Impero. Così a norma di tale legge la pubblicazione ufficiale dell'avviso della reciprocità legale è dichiarata condizione indispensabile per godere il beneficio della legge (3).

(1) Vedi per i particolari il testo della legge nell'*Annuaire de législation étrangère*, 1881, pag. 540.

(2) Vedi *Annuaire* citato, 1876, pag. 890-92.

(3) Vedi il testo della legge nell'*Annuaire de législation étrangère*, 1875, pag. 140. I Governi, i quali non hanno avuto cura di far pubblicare

965. Le leggi informate ai principii più liberali sono quelle dei paesi, che non solo non fanno alcuna differenza tra i commercianti ed industriali stabiliti nello Stato, siano essi cittadini o stranieri, ma ammettono altresì, che gl'industrianti e commercianti, che abbiano i loro stabilimenti all'estero, e che abbiano adempiuto alle disposizioni della legge per stabilire il loro diritto alla protezione legale della marca e delle insegne di commercio, possano invocare l'applicazione della legge indipendentemente da ogni condizione di reciprocità. Così è in Italia secondo la legge, che regola questa materia, e che fu promulgata il 30 agosto 1868. Essa infatti toglie ogni differenza tra cittadino e straniero a riguardo del diritto di appropriarsi una marca per proprio uso esclusivo, purchè siano adempiute le disposizioni della legge onde acquistare la proprietà della marca. A riguardo di coloro poi, che esercitano il commercio all'estero l'art. 4 dispone nel seguente modo: « I marchi e segni distintivi, già legalmente usati all'estero sopra prodotti e mercanzie di fabbriche e commerci stranieri, che si spacciano nello Stato, o sopra animali di razze straniere diramate nel Regno sono riconosciuti e garantiti, purchè si osservino a riguardo di tali marchi e segni le prescrizioni stabilite pei nazionali ». Conseguentemente la legge italiana non subordina la tutela dei diritti, che derivano dall'osservanza di quanto il legislatore dispone per ottenere la protezione, alla condizione della reciprocità. In questa come in ogni altra parte della legislazione nostra il riconoscimento di quello, che è conforme al diritto, non è stato subordinato alla condizione della reciprocità, perchè in verità la rappresaglia giuridica, che consegue inevitabilmente dall'ammettere la regola della reciprocità, non era conciliabile con i principii liberali, che sono stati posti a base della legislazione del nostro paese.

In altri Stati troviamo pure leggi concepite con vedute egualmente liberali, e così è senza dubbio la legge neerlandese del 25

---

nel Bollettino delle leggi dell'Impero che, secondo la legge, le marche germaniche godono la protezione legale, hanno tolto ai commercianti stabiliti in Germania il beneficio d'invocare per le loro marche la protezione stabilita secondo la legge dell'Impero. Per le marche italiane la protezione è stata assicurata mediante l'avviso pubblicato nel *Boll. ufficiale* il 20 aprile 1875.

maggio 1880, la quale elimina ogni distinzione tra gli stranieri ed i cittadini, e, subordinando l'acquisto del diritto alla condizione, che la proprietà della marca sia constatata mediante la registrazione, ammette poi al beneficio della legge coloro, i quali esercitando il commercio all'estero abbiano adempiuto alle disposizioni della legge (1).

966. Anche la legge per la Gran Bretagna promulgata il 25 agosto 1883 è inspirata a principii liberali e razionali. Cotesta legge riunì insieme le diverse leggi relative ai brevetti d'invenzione, ai disegni, ed alle marche di fabbrica, e regolò tutta la materia con un complesso di disposizioni, le quali prese nel loro insieme costituiscono un Codice completo per la protezione della proprietà industriale. Tra i principii consacrati rispetto alle marche vi è il seguente, che cioè ogni marca di fabbrica regolarmente depositata nel paese del domicilio del commerciante può essere depositata, e se ne può ottenere la registrazione in Inghilterra, e, quando sia depositata e registrata in conformità della legge, si può godere la protezione in conformità della legge stessa.

967. Noi non reputiamo opportuno entrare in altri minuti particolari esponendo le leggi vigenti in altri paesi per non andare in lungo (2). Ad eliminare molte disparità circa la protezione delle marche straniere riuscirà certamente opportuno, che tutti gli Stati, i quali devono essere cointeressati a proteggere il commercio onesto e leale, e

(1) Vedi il testo della legge nell'*Annuaire de législation étrangère*, 1881, pag. 395.

(2) Vedi pel Portogallo la legge del 4 giugno 1883 nell'*Annuaire de législation étrangère*, 1884, pag. 479. Per la Svizzera la legge del 9 dicembre 1879, pag. 609, ed il regolamento per la esecuzione di cotesta legge, pubblicata il 2 ottobre 1880. Per la Svezia e Norvegia, le leggi del 26 maggio e 5 luglio 1884 e quella del 16 giugno 1885 per la protezione dei brevetti d'invenzione. Per la Serbia la legge del 30 maggio 1884. Per gli Stati Uniti d'America questa materia fu regolata dalle leggi federali dell'8 luglio 1870 e 14 agosto 1876, ma una sentenza del 18 novembre 1879 della Corte di Circuito aveva deciso che le dette leggi erano incostituzionali, perchè la materia, della quale esse si occupavano, rientrava nella competenza della legislatura speciale di ciascun Stato e che non poteva ritenersi compresa nella competenza della legislatura federale. In seguito alle lunghe discussioni fatte dopo tale sentenza (V. Coudert, nel *Jour. de dr. int. privé*, 1879, p. 413

ad impedire che siano tratti in inganno i compratori, si mettano di accordo per stabilire un diritto comune ed uniforme. Questo è stato il voto fatto nei Congressi internazionali riuniti a Vienna nel 1873 e a Parigi nel 1878 e nell'assemblea che discusse il progetto di una convenzione internazionale, e che per iniziativa del Governo francese fu riunita a Parigi dal 3 al 20 novembre 1880. Un primo passo in questo senso è stato già fatto dai Governi, che sottoscrissero la convenzione del 20 marzo 1883 per la protezione della proprietà industriale, la quale fu originariamente conclusa dai Governi del Belgio, del Brasile, della Francia, di Guatemala, dell'Italia, dei Paesi Bassi, del Portogallo, di Salvador, di Serbia, di Spagna, e della Svizzera, i quali si costituirono in istato d'Unione per assicurare mediante le regole di comune accordo stabilite la protezione della proprietà industriale. Il principio stabilito all'art. 6 di tale convenzione determina il vero concetto, che dev'essere posto a fondamento della protezione delle marche di fabbrica o di commercio. Esso dispone nel seguente modo: « Toute marque de fabrique ou de commerce régulièrement déposée dans les pays d'origine sera admise au dépôt et protégée telle quelle dans tous les autres pays de l'*Union* ».

968. Noi non contestiamo in principio il carattere territoriale della legge di ciascuno Stato relativa alla proprietà industriale, e ammettiamo anche a riguardo di ciò il generale principio, in virtù del quale

---

e Clunet, *De l'état actuel de relation international avec les États-Unis en matière de marques de commerce*), fu pubblicata la nuova legge del 3 marzo 1881 (*Annuaire* citato, 1882, pag. 780), la quale provvide a stabilire le norme per la protezione delle marche di fabbrica tra gli Stati Uniti e gli Stati stranieri e le tribù indiane. Cotesta legge, ritenendo che il regolare l'uso delle marche straniere in rapporto ai diritti spettanti ai cittadini di ciascuno o di più Stati dell'Unione dovesse essere lasciato al potere legislativo di ogni singolo Stato, fissò le norme fondamentali delle convenzioni internazionali che da ogni singolo Stato potevano essere concluse relativamente alle marche di fabbriche e di commercio. In tal guisa la legge del 1881 eliminò ogni controversia circa la competenza del Congresso e del potere legislativo federale, avendo dato alle disposizioni da esse sancite il carattere di norme fondamentali per regolare i rapporti internazionali di tutti gli Stati dell'Unione.

Per la repubblica Argentina vedi la legge del 14 agosto 1876.

abbiamo sostenuto, che la condizione giuridica delle cose, siano esse immobili o mobili, che in realtà si trovino sotto l'impero di una legge, dev'essere determinata a seconda che essa dispone. Bisogna quindi attenersi alla legge territoriale, onde decidere se un tale oggetto possa o no essere compreso nella categoria di quelli, che costituiscono la così detta proprietà industriale, nè può al certo sostenersi che quello, che secondo la legge territoriale dev'essere reputato in dominio del pubblico, possa essere attribuito ad uso esclusivo di uno, che vanti di avere acquistato tale diritto in virtù di legge estera. Deve essere altresì reputato nel dominio di ciascuna sovranità di stabilire in qual modo possono essere adoperati certi segni da ciascuno per individualizzare i prodotti della propria fabbrica e del proprio commercio e le formalità occorrenti onde acquistare il diritto dell'uso esclusivo di tali segni o marche di commercio, e le condizioni, sotto le quali si possa aver diritto alla protezione legale, e quando tale diritto possa ritenersi perduto. Ma non possiamo parimente ammettere, che in virtù dell'autorità assoluta della legge territoriale possa essere fatta una differenza a riguardo di ciò tra cittadini e stranieri, e neanche possiamo concedere, che la facoltà di godere la protezione della legge possa essere negata a coloro, che esercitano il commercio all'estero, e che intendono osservare, e che di fatto abbiano osservato le formalità prescritte dalla legge territoriale per poter godere il beneficio della protezione, o che tale facoltà potesse essere garantita o negata sotto la condizione della reciprocità.

La proprietà industriale si può considerare fondata sulla legge civile di ciascun paese nel senso che essa non può sussistere, che sotto le condizioni stabilite dalla legge per l'acquisto, ma la facoltà giuridica spettante a ciascun uomo, che osservi quanto la legge civile dispone, di acquistare i diritti che ne derivano, questo deve essere reputato un diritto naturale dell'uomo secondo il Diritto delle genti, e non può essere fatta alcuna differenza tra il cittadino e lo straniero.

969. Neanche può essere fatta alcuna differenza secondo che il commerciante sia stabilito nello Stato o all'estero. Il commercio è di sua propria natura cosmopolita ed i diritti spettanti al commerciante ed all'industriante di esigere, che i prodotti del proprio lavoro e la specia-

lità della industria non siano confusi dai consumatori coi prodotti degli altri, questo diritto non può dipendere dal fatto accidentale che lo stabilimento, sede principale del commercio e dell'industria, trovasi dentro o fuori dei confini dello Stato. Si adduce che la reciprocità dev'essere giustificata come misura di protezione del commercio e dell'industria nazionale, concedendo a questa come mezzo di difesa di usare le rappresaglie contro l'industria ed il commercio straniero, ma non sappiamo veramente comprendere come i legislatori di Stati civili possano elevare la rappresaglia a sistema dell'ordine giuridico. Può mai un legislatore rendere lecito a noi di violare i diritti di uno straniero sol perchè nel paese, al quale esso appartiene, si costuma di violare lo stesso diritto a pregiudizio nostro? ma se così fosse come si distinguerebbero più gli Stati civili dai barbari, quelli nei quali la legge rappresenta l'autorità del diritto, da quelli nei quali è l'arbitrio?

970. In un altro ordine di cose, quando erano diverse le idee che regolavano i rapporti commerciali, la rappresaglia potè essere elevata a sistema di Governo. Si trattava di accrescere la ricchezza nazionale ad ogni costo, e con ogni espediente, laonde i rapporti di Diritto pubblico e di Diritto privato internazionale furono subordinati all'intendimento di arricchirsi a danno dei commerci rivali. Oggi le idee sono completamente mutate, ed il subordinare il rispetto dei principii del Diritto alle vedute della rappresaglia dev'essere reputato ognora una reminiscenza di politica meschina.

Dalle quali cose giova concludere, che, ove sia in vigore una legge che subordina la protezione legale delle marche e delle insegne straniere alla condizione della reciprocità, non si può fare altrimenti, che attenersi a quanto essa dispone, ma che secondo i principii del Diritto razionale incombe ai legislatori riformare le leggi esistenti, ed in quei paesi poi, nei quali la legge nulla dispone in ordine a ciò incombe ai tribunali di non fare alcuna differenza tra i cittadini e gli stranieri, tra il caso di frode a danno del commercio esercitato nello Stato e quella effettuata a danno del commercio esercitato all'estero. L'azione fraudolenta non può perdere i suoi caratteri come tale secondo che gli effetti di essa cadano a pregiudizio del commerciante che dimori al di qua o al di là delle frontiere dello Stato.

971. Quello che si deve ognora reputare indispensabile onde potere attribuire ad uno la proprietà di una data marca, è questo, che cioè a lui spetti l'uso esclusivo di essa secondo la legge del paese, nel quale la proprietà ne fu da lui originariamente acquistata; laonde non solo deve ritenersi necessario che la proprietà sia stata legalmente acquistata a norma delle disposizioni della legge del paese estero, ma che non sia stata perduta. Conseguentemente non potrebbe essere concesso ad uno, che avesse fatto il deposito d'una marca, la quale nel paese d'origine fosse caduta nel dominio del pubblico, di acquistarne mediante il deposito la proprietà nel paese, ove lo avesse regolarmente fatto, osservando le altre formalità richieste dalla legge per essere reputato proprietario della marca. Come ammettere che uno possa domandare ed ottenere nel paese estero la protezione legale di quello che non può essere riguardato di sua proprietà a norma della legge del paese d'origine?

Tutto quello che secondo ragione, e secondo giustizia ciascuno può esigere si è questo, che cioè avendo acquistata la proprietà di una data marca nel paese di origine, depositando tale marca ed osservando tutte le altre formalità richieste dalla legge di ciascun paese possa ottenere in esso la protezione legale. Posto che la proprietà della marca sia stata originariamente acquistata deve essere considerata, come parte del patrimonio di colui, cui appartiene, e non deve essere tolto ad esso di poter ottenere dovunque la protezione legale, ma come potrebbe ammettersi che quello che non formi più parte del patrimonio della persona nel paese di origine, possa essere protetto ed attribuito a lui nei paesi stranieri?

È quindi naturale che convenga attenersi alla legge del paese di origine per decidere se un dato segno adoperato da uno possa o no essere riguardato come segno distintivo del suo commercio e della sua industria, ed avere quindi il carattere giuridico di una marca (1);

(1) Secondo la legge italiana la marca deve indicare il luogo di origine la fabbrica, il commercio e la denominazione dello stabilimento da cui provengono le mercanzie. La giurisprudenza ha però ritenuto che una marca può essere assunta per tutti gli effetti secondo la legge nostra, sempre che essa sia da qualificarsi segno distintivo adatto ad accertare lo Stabilimento

che conviene inoltre decidere a norma della stessa legge se colui, che pretende di avere acquistato la proprietà di quel dato segno o marca nel paese di origine, l'abbia effettivamente acquistata mediante il deposito e l'osservanza di tutte le formalità prescritte dalla legge, e bisogna inoltre che esso possa provare di essere tuttora giuridicamente proprietario della marca. Per lo che, s'egli avesse perduto il diritto dell'uso esclusivo della marca secondo la legge del paese di origine, o se per l'inadempienza delle formalità secondo essa richieste per la conservazione del diritto acquistato se ne fosse operata la decadenza, l'ulteriore deposito fatto negli altri Stati dovrebbe reputarsi inefficace per domandare e ottenere la protezione legale. In una parola a nostro modo di vedere si deve applicare la legge del paese di origine per decidere circa quello che dev'essere reputato nel patrimonio del commerciante e dell'industriante nell'attualità, e la legge degli altri paesi per decidere se la protezione legale di quello che appartiene al commerciante o all'industriale straniero, debba essere ad esso accordata, e se egli abbia o no fatto tutto quello che la legge territoriale prescrive per potere domandare ed ottenere in quel dato paese la protezione legale.

972. Secondo la legge italiana a modo di esempio non basta ottenere l'attestato dell'eseguito deposito della marca dal Ministero di agricoltura e commercio, ma si richiede altresì che l'attestato ottenuto sia pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* senza di che non può competere all'interessato l'azione di danno contro i terzi che avessero fatto uso abusivo della marca depositata. La Corte di Torino respinse quindi con ragione l'azione di un certo Legrand contro Martini e Sola per la considerazione che l'attestato ottenuto dall'attore non era stato pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del Regno d'Italia, e a cagione di tale omissione non poteva competere ad esso l'azione pel rifacimento del danno contro i terzi, che avevano fatto uso abusivo della marca depositata (1).

---

o la Ditta alla quale appartenga. Vedi Cass. Firenze, 5 novembre 1881 (Ditta Wagner, *Monit. dei Trib. di Milano*, 1881, pag. 1142).

(1) Corte di Appello di Torino, 26 febbraio 1875 (Legrand), *Giurisprudenza torinese*, vol. XII, pag. 347 e *Annali della giurisprudenza italiana*, vol. IX, II, 329.

Questo stesso principio troviamo confermato dalla giurisprudenza francese. Dinanzi a quei tribunali fu discusso infatti circa l'istanza di un fabbricante inglese, il quale voleva fare il commercio in Francia di un ingrasso che denominava *phospho-guano*, e che avendone fatto il regolare deposito secondo la legge francese pretendeva di avere la proprietà esclusiva di questa denominazione. Però siccome essa era caduta nel dominio del pubblico in Inghilterra, così la Corte di cassazione con ragione rigettò la istanza di lui, perchè ebbe giusto motivo di considerare, che uno straniero non può reclamare per una cosa, che formi oggetto del suo commercio in estero paese, diritti maggiori di quelli, che egli abbia nel suo proprio paese (1). La stessa massima fu pure stabilita dal Tribunale di Milano, il quale disse che un'industria non può trovarsi all'estero in condizioni migliori di quelle nelle quali si trovi nel suo paese d'origine (2).

973. Riesce chiaro, come accettando il nostro ordine d'idee, l'uso già fatto della marca e i fatti compiti nei paesi stranieri, prima che il proprietario di essa ne avesse in ciascuno paese assicurato per sè l'uso esclusivo adempiendo le formalità richieste per stabilire legalmente tale suo diritto, non potrebbero invalidare il diritto del commerciante a stabilire per l'avvenire la proprietà della sua marca, depositandola e adempiendo le altre formalità. Egli non potrebbe al certo menar lamento dell'uso della marca fatto nel paese estero prima che in esso egli ne avesse stabilita la proprietà, ma potrebbe impedirne l'uso dopo di averla depositata e di aver fatto riconoscere il suo diritto di proprietà.

Questa controversia è stata vivamente agitata dinanzi ai tribunali francesi, belgi, ed italiani e sotto diverso punto di vista.

In Francia e nel Belgio la protezione delle marche straniere è subordinata alla condizione della reciprocità, e prima della legge francese del 1873 innanzi mentovata sì nell'uno che nell'altro paese era

---

(1) Cass. crim., 23 mai 1874 (Peter-Lanson, c. Proc. général de Paris), Clunet, *Journal*, 1875, pag. 190.

(2) Tribunale di Milano, 14 giugno 1878 (Ditta Vita e fratelli), *Giornale dei Trib. di Milano*, 1878, pag. 602.

richiesto che la reciprocità fosse stata stipulata con convenzione *ad hoc*. Formò quindi oggetto di discussione dinanzi ai tribunali dell'uno e dell'altro paese, se gli stranieri, che non avevano fatto il deposito delle loro proprie marche a cagione della mancanza della convenzione, che assicurava la protezione reciproca delle marche dei due paesi, potevano farlo utilmente dopo la conclusione del trattato, e depositando le proprie marche rivendicare di queste l'uso esclusivo, ed impedirlo a coloro, che, profittando della mancanza della protezione legale, le avevano usurpate. I tribunali francesi hanno deciso, che i commercianti stranieri potevano godere il beneficio della protezione delle marche depositate dopo la conclusione dei trattati, o dopo la promulgazione dei trattati, o dopo la promulgazione della legge del 1873, che ha dichiarato sufficiente la reciprocità legislativa, ma che non potevano rivendicare l'uso esclusivo delle loro marche usurpate prima che vi fosse il trattato, o la legge, che aveva conceduto ad essi il diritto di impedirne l'uso (1).

Questa teoria è stata vivamente combattuta dagli scrittori francesi (2) e con forti e ben fondati argomenti contraddetta dal Bedarride avvocato generale della Cassazione.

I tribunali belgi invece, e quelli italiani, hanno sanzionato principii più conformi alla giustizia ed al diritto. La Cassazione belga ebbe infatti ad osservare, che il fatto dell'usurpazione non poteva attribuire nessun diritto a coloro, che si erano appropriate le marche appartenenti a persone, che erano nell'impossibilità di ottenere di esse la protezione legale (3).

974. In Italia poi, ove la legge concede la protezione legale delle marche a tutti gli stranieri, che osservino le prescrizioni stabilite

---

(1) Paris, 16 décembre 1863 e Cass. rej., avril 1874 (Spencer c. Peigrey), PATAILLE, *Journal*, 1864, p. 97; Paris, 29 avril 1864 et Cass. rej., 4 février 1865 (Peter Stubs c. Astier); id. id., 1865 (81); Cass. requ., 13 janvier 1880 (Beissel), *Journal du Palais*, 1882, p. 1134 e la nota ivi.

(2) Vedi gl'importanti articoli di POUILLET nella *Propriété industrielle* (n° 323), e l'opera del medesimo da noi citata, le osservazioni di PATAILLE, an. 1864 (218) e quelle di CALMELS, *Annales* (n° 238).

(3) Cass. belga, 21 juin 1865 (Gilber); PATAILLE, 1866 (427).

riguardo a ciò per i nazionali, e senza nessuna condizione di reciprocità legislativa o diplomatica, la discussione ha avuto maggiore importanza sotto il punto di vista dei principii. L'oggetto della disputa presso noi è stato, se gli stranieri, i quali non avevano regolarmente depositato le loro marche osservando le prescrizioni della legge, potevano, facendo il deposito, benchè tardivamente, rivendicarne l'uso esclusivo contro coloro, che le avevano usurpate, prima che essi avessero fatto il deposito, e ottenuto l'attestato di privativa.

È evidente, che vi ha una differenza sostanziale tra la posizione, nella quale si sono trovati gli stranieri in Francia e nel Belgio, ove essi non potevano agire, onde assicurarsi la protezione, pel fatto della legge, e quella nella quale essi si sono trovati in Italia, ove la legge non toglie agli stranieri la possibilità di agire. Presso noi si è trattato di decidere se coloro, che per fatto proprio non avevano acquistata la proprietà legale delle loro marche, dovevano essere considerati decaduti dal diritto d'impedire l'uso di tali marche a coloro, che le avevano usurpate prima che essi ne avessero acquistata la privativa.

Non ostante le oscillazioni che ha subito la giurisprudenza, per avere la Corte di Torino negato il diritto di rivendicare l'uso esclusivo delle proprie marche (già usate nel Regno prima che si fosse dal proprietario acquistata la privativa) (1), pur non di meno la Cassazione di Torino e le Corti di Milano, di Parma, di Casale (2) hanno ritenuto che la tardività del deposito di esse non implichi la decadenza del diritto, ma solo sospenda lo sperimento dell'azione; e che per decidere poi se questa si possa far valere contro coloro, che abbiano usurpate le marche altrui prima dell'eseguito deposito, si debbono applicare le regole generali relative al possesso abusivo e all'usurpa-

(1) Torino 9 agosto 1879 (Johann Farina c. Ulrich e altri (*Giornale dei Trib. di Milano*, 1879, pag. 866, e 12 agosto 1879, Pelaer c. Freund, *Monitore dei Tribunali di Milano*, 1879, pag. 1101.

(2) Cass. Torino, 3 marzo 1880 (Pelaez), *Monit. dei Tribunali*, p. 224, e Cass. 3 marzo 1880 (Johann Farina, ivi, p. 371; Torino, 3 marzo 1880 (Grenier, *Bettini*), 1880, p. 690; Corte di Parma, 25 maggio 1880 (Pelaez), *Monitore*, 1880, p. 500; Corte di Milano, 2 agosto 1879 (Caviezel), ivi, p. 762; Corte di Casale, 21 luglio 1881 (Giron frères), *Monitore*, 1881, p. 1143.

zione, e valutare la buona o mala fede di coloro, che ne fecero uso illegittimo.

Queste decisioni hanno un'importanza grandissima sotto il punto di vista della dottrina, perchè sono fondate sul generale e giusto concetto, che la legge, che garantisce al produttore o negoziante il diritto esclusivo di usare le proprie marche, a fine di distinguere i proprii prodotti, e gli oggetti speciali del proprio commercio, non crea il diritto, ma dichiara invece un diritto preesistente. Per lo che tale diritto, quando debba ritenersi acquisito legalmente, dev'essere reputato un diritto patrimoniale, e come tale dalla legge tutelato, e che conseguentemente l'uso delle marche altrui è sempre punibile, quando si arrivi a stabilire che tale uso sia stato abusivo e fraudolento.

Se questi principii prevalessero nella giurisprudenza di tutti i paesi, per decidere circa le conseguenze che possono derivare dalla negligenza di depositare le proprie marche nei paesi stranieri, bisognerebbe in ogni caso valutare se codesta negligenza, e il silenzio e la tolleranza da parte del proprietario potessero equivalere a una specie di abbandono del diritto, e valutare poi la buona o mala fede di coloro che avessero usato delle marche altrui.

975. Bisogna tener presente, che siccome in ciascun paese straniero la proprietà della marca dovrebbe dipendere dal deposito e dall'osservanza delle formalità prescritte dalla legge, così converrà attenersi a questa, onde decidere se il deposito possa o no essere legalmente effettuato. Laonde, se a norma della legge territoriale fosse reputato contro la morale o l'ordine pubblico l'uso di un dato segno come marca di commercio, non potrebbe il commerciante straniero invocare la legge del paese di origine a fine di rivendicare in virtù di esso l'uso di un segno, che non potrebb'essere secondo la legge territoriale usato come marca senza offesa alla morale e all'ordine pubblico.

Così pure deve ammettersi, che se secondo la legge territoriale, a cagione del ritenere questa che certi segni distintivi non possono avere il carattere di una marca di commercio quei dati segni siano considerati conseguentemente nel dominio pubblico, non potrebbe in virtù della legge estera attribuirsi a tali segni il carattere della marca. Deve ognora applicarsi la legge territoriale per decidere circa la

condizione giuridica delle cose, e se a norma di essa un dato segno non può essere oggetto di proprietà industriale, come potrebbe esso divenire tale in virtù di legge straniera (1)?

Applicando questo principio si può aver ragione di sostenere, che l'espressioni comunemente adoperate per indicare la natura di un prodotto non possano divenire una marca, se uno le abbia così adoperate traducendole in lingua straniera, e ne abbia fatto il deposito per rivendicarne l'uso esclusivo. La Corte di giustizia di New York rigettò la istanza di un farmacista che vendendo un suo prodotto sotto la denominazione *élixir-ferro-phosphoré d'écorce de calisaja* voleva impedire ad altri d'indicare con la medesima denominazione un prodotto analogo, che conteneva le medesime sostanze (2).

Reputiamo non pertanto giusta l'osservazione fatta da Pouillet (3) che cioè certe denominazioni comuni, quando siano state appropriate e depositate, prima ch'esse siano in dominio del pubblico, con l'intendimento di usarle come una denominazione di fantasia a fine d'indicare specificatamente certi determinati prodotti, possano formare oggetto di proprietà industriale. Riteniamo per altro che questo dev'essere lasciato nel prudente arbitrio del tribunale, e che non si possono stabilire regole assolute.

976. Un'altra questione è stata pure sollevata a riguardo delle persone, alle quali può competere il diritto di giovarsi dei benefizi della legge, vale a dire se tale diritto possa essere attribuito tanto agl'individui che alle società.

In principio si deve ammettere, che siccome la professione di fabbricante o di commerciante può essere esercitata così da una persona fisica, come da una persona morale, e che siccome il diritto

(1) Secondo la legge olandese la marca non può consistere in lettere, cifre e parole ordinarie. — Vedi pure i vari casi nei quali l'azione è stata rigettata per non essere stati rinvenuti nei segni distintivi depositati i caratteri di una marca di commercio. Paris, 12 janvier 1874 (Coleman), New York, 9 novembre 1880 (Wan Beil c. Prescot), CLUNET, *Journal du droit international privé*, 1875, p. 355, 1881, p. 275, Leipzig, 16 avril 1878 (Armstrong). PATAILLE, *Journal*, 1878, pag. 216.

(2) Vedi CLUNET, *Journal*, 1875, pag. 301.

(3) *La propriété industrielle*, n° 59.

d'individualizzare i propri prodotti è un diritto personale che spetta a chiunque eserciti l'industria o il commercio, conseguentemente tale diritto non può essere negato alle persone morali (1). Per quello poi che si riferisce ai requisiti e alle condizioni richieste per esercitare e godere il diritto dell'uso esclusivo della marca, e le garanzie legali, dovendosi applicare la legge di ciascun paese, bisognerà a norma di questo decidere rapporto alla posizione legale delle società straniere, e rapporto alla necessità del previo riconoscimento delle medesime per ammetterle a godere i diritti che derivano dall'esercizio del loro commercio.

977. Per ultimo dobbiamo notare, che si è pure disputato, se, data una convenzione diplomatica, che avesse stipulata la protezione delle marche sulle basi della reciprocità, gli abitanti delle colonie avessero potuto giovarsene. Tale questione fu discussa dinanzi alla Corte di Parigi, la quale negò che un certo Boch avesse facoltà di agire contro un francese che, gli aveva usurpata e contraffatta la sua marca, perchè « le traité conclu entre la France et l'Espagne, essa disse, sur la protection des marques de commerce ne contenant aucune clause qui le rende applicable aux colonies françaises et aux colonies espagnoles, un fabricant cubain ne peut poursuivre en France la contrefaçon de sa marque de fabrique » (2).

Questa sentenza è inspirata alle vedute della legislazione francese di subordinare cioè tutto il sistema dei principii in questa materia all'unico e principale scopo di proteggere l'industria e il commercio francese, e di volere considerare il diritto alla protezione come fondato sui trattati. Lasciamo da parte il principio generale, sul quale si fondò la Corte, il quale ammette, che i trattati che regolano i rapporti delle metropoli non sono applicabili alle colonie in maniera di attribuire ai coloni l'esercizio dei diritti civili concessi col trattato ai cittadini dello Stato (il quale principio a noi pare molto contestabile nella sua generalità assoluta, come la Corte di Parigi lo pose). A nostro

---

(1) Cass. belge, 26 décembre 1876 (Spies c. Kiss), *Pasicrisie*, 1877, I, 54.
(2) Cour de Paris, ch. corr., 4 juillet 1879 (Boch c. Tinchant, CLUNET, *Journal*, 1879, p. 548.

modo di vedere, tutto deve dipendere in massima dai rapporti politici, che uniscono la colonia alla madre patria. Ma stando al caso speciale, dato che l'uso delle marche altrui è un delitto, si potrebbe forse sostenere che l'usurpazione di una marca e la frode, di per sè stesse illecite, potessero cessare di essere tali, se fossero commesse a pregiudizio di uno che fosse domiciliato in Avana o Porto Ricco? Il diritto dell'uso esclusivo della marca di fabbrica, che secondo la legge dev'essere a ciascuno garantito, è una delle forme del diritto di proprietà, e per lo meno dev'essere riguardato come un diritto patrimoniale personale, e dev'essere dappertutto sotto la tutela delle leggi repressive della frode. Il fatto del trattarsi di un abitante delle colonie non fa sì, che sia meno certo, che la contraffazione dei prodotti di lui e l'usurpazione delle marche delle sue fabbriche possano essere fatte con lo scopo di appropriarsi i benefizi attaccati al nome e alle marche di esso fabbricante o commerciante e coll'intenzione di trarre in inganno i compratori sulla origine dei prodotti.

L'unica cosa che conviene accertare si è questa, se cioè, colui che adduce di avere acquistato la proprietà della marca abbia effettivamente fatto quanto secondo la legge territoriale sia prescritto per potere vantare il diritto dell'uso esclusivo di essa, ed essere in grado di domandare ed ottenere la protezione legale. Quando ciò fosse stabilito e provato, la tutela legale del diritto ad esso spettante dev'essere ammesso senza mirare con sofismi e sotterfugi a menomare la forza dei principii, secondo i quali, qualunque attentato ai diritti patrimoniali dell'uomo legalmente acquistati secondo la legge, dev'essere impedito. L'escludere l'applicazione della legge che reprime la frode, adducendo che si tratta di un commerciante stabilito nelle colonie, invece che di uno che abbia il suo stabilimento commerciale nella madre patria, questo ci sembra invero un ragionamento sottile fatto col solo scopo di rendere inapplicabile la legge promulgata per tutelare i diritti delle persone e la buona fede dei cittadini.

978. I principii che abbiamo esposti si devono applicare con più ragione al nome commerciale. L'usurpazione del nome d'una persona, o d'una società si deve considerare di per sè stesso come un attentato punibile in forza del diritto delle genti. Il nome rappresenta infatti la

persona stessa, è il riassunto di tutti gli elementi della sua individualità, è, fra tutte la proprietà, la più certa, la più indiscutibile, la più legittima, la più imprescrittibile. È per ciò, che, indipendentemente da qualunque trattato internazionale, ciascuna sovranità dovrebbe, senza fare differenza fra i cittadini e stranieri, applicare le proprie leggi penali contro chiunque avesse usurpato l'altrui nome commerciale.

Nella pratica però il diritto di agire in giudizio per usurpazione del nome commerciale non è stato generalmente riconosciuto come un diritto spettante agli stranieri.

979. In Francia il delitto per usurpazione di nome è retto dalla legge del 28 luglio 1824, e siccome il godimento dei diritti civili è colà concesso agli stranieri, in virtù della semplice autorizzazione del Governo a stabilire il domicilio, o per il dato e fatto dell'appartenere ad uno Stato, col quale la Francia abbia un trattato sulle basi della reciprocità, così l'azione per la usurpazione del nome commerciale è stata riconosciuta solamente per gli stranieri che si trovino nelle condizioni contemplate dagli articoli 11 e 13 del Codice civile (1). La legge del 1857 non modificò rispetto ai principii la massima sanzionata dalla giurisprudenza, e la Corte di cassazione colla sua sentenza del 27 maggio 1870 decise, che la punizione del delitto di usurpazione di nome commerciale o di ragione sociale non poteva formare oggetto di azione giudiziaria per parte di uno straniero. Solo la legge del 26 novembre 1873, art. 9, ha provveduto in maniera più liberale sanzionando la massima, che le disposizioni della legge francese relative al nome commerciale debbano essere applicate anche agli stranieri, se, nel paese al quale essi appartengono, sia ammesso il principio di reciprocità per legge, o per trattato.

---

(1) Dall'esposizione dei motivi, che consigliarono la legge del 18 luglio 1824, siccome risulta dai rapporti fatti alla Camera, apparisce, che essa fu provocata dai fabbricanti francesi onde tutelare e proteggere l'industria nazionale. Per lo che la giurisprudenza ha sempre interpretata in questo senso l'applicazione di quella legge, e la Cassazione, decidendo a Camere riunite, ritenne colla sua sentenza del 12 luglio 1848, che quella legge, avendo avuto in mira di proteggere l'industria nazionale, stabiliva un diritto, o una facoltà puramente civile, dal godimento della quale era escluso lo straniero.

980. Nel Belgio, la questione del diritto spettante agli stranieri di agire per usurpazione di nome fu discussa largamente nella causa *Spier* contro *Kiss*. Questi avendo fabbricato delle spagnolette, aveva fatto apporre sui pacchi delle medesime la ragione commerciale *Joseph Huppmann firma la Ferme*, ed era stato perciò citato dinanzi alla giurisdizione correzionale per avere usurpato il nome di *Huppmann*, o la ragione commerciale di *Joseph Huppmann*.

Il tribunale con sentenza del 17 agosto 1875 aveva ammessa l'azione per parte dello Spier cittadino sassone, in virtù della giusta considerazione, che l'usurpazione del nome commerciale cadeva sotto la prescrizione del Codice penale, facendo astrazione dall'esistenza di qualunque trattato internazionale, e che non doveva essere fatta nessuna distinzione tanto che il nome usurpato fosse di un fabbricante straniero, quanto che fosse di un fabbricante belga. Il tribunale considerò inoltre, che non si dovevano applicare principii diversi, se invece di un nome si fosse trattato di una ragione sociale, e che questa non poteva essere considerata come una marca di commercio (1).

La Corte di Bruxelles, al contrario, considerò le disposizioni del Codice penale riguardanti la repressione dell'usurpazione del nome ordinate essenzialmente a proteggere l'industria nazionale, e concluse che lo straniero, che non aveva nel Belgio il godimento dei diritti civili, e che d'altra parte non vi aveva nè residenza, nè alcuno stabilimento di commercio, non poteva essere ammesso di agire in giudizio contro colui, che avesse usurpato il suo nome commerciale, se non esisteva alcuna convenzione internazionale che a lui attribuisse tale diritto. Che in qualunque modo poi, i principii, che potevano regolare l'azione per usurpazione di nome, non potevano essere applicati all'usurpazione del nome di una ragione sociale, sopratutto quando cotesta ragione sociale non comprendeva il nome di alcuno dei membri della società, che ne facesse uso, poichè il nome di una ragione sociale doveva essere considerato una creazione di diritto positivo, e che il diritto dell'uso esclusivo di una ragione sociale non poteva essere

(1) Tribunal correctionnel de Bruxelles, 17 août 1875, *Pasicrisie*, 1876, II, 267, e CLUNET, *Journ. du droit intern. privé*, 1876, p. 302.

riservato, che a coloro, che avevano il godimento dei diritti civili (1).

La Corte di cassazione belga invece ha adottata a più riprese una teoria più liberale, ammettendo che l'usurpazione del nome commerciale o di una ragione sociale sia di per sè stesso un delitto, e che le prescrizioni della legge penale, che la puniscono, siano applicabili a tutti gl'interessati senza fare differenza tra cittadini e stranieri, ed è molto interessante sotto il punto di vista della teoria la sentenza della detta Corte: « Tout commerçant, essa disse, ou tout établissement de commerce ou d'industrie a la propriété exclusive de son nom ou de sa raison commerciale. Cette propriété constitue un droit qui, d'après l'art. 128 de la Constitution, doit être protégée dans la personne d'un étranger comme dans celle d'un régnicole. L'art. 191 Code pénal, qui a pour but cette protection, ne restreint pas son application au cas où le fabricant ou l'établissement industriel, dont le nom a été usurpé, sont Belges. D'ailleurs le fait d'apposer sur un objet fabriqué le nom d'un autre fabricant, que celui qui en est l'auteur, est non-seulement une atteinte à la propriété de ceux, dont le nom a été usurpé, mais un délit contre la foi publique, c'est-à-dire une altération de la vérité portant sur un certains signes dans lesquels la confiance est une nécessité sociale; le législateur lui attribue ce caractère en le rangeant parmi les crimes et délits contre la foi publique. Les délits de cette nature tombent sous le coup de la loi pénale, quelle que soit la personne dont le nom a été usurpé pour tromper la foi publique » (2).

Quindi secondo la dottrina, molto ben fondata della Cassazione belga, il nome commerciale appartiene alla persona, sia che si tratti di nome individuale, sia che si tratti di nome di ragione sociale, e all'usurpazione di tale nome sono applicabili le disposizione della legge penale, non quelle che regolano l'usurpazione di una marca

---

(1) Cour de Bruxelles, 8 juillet 1876, *Pasicrisie*, citata.

(2) Cass. belge, 26 décembre 1776, *Pasicrisie*, 1877, I, 54, e *Journal du droit intern. privé*, 1878, p. 523. La stessa Corte di cassazione aveva consacrata la medesima dottrina nella sua sentenza del 5 giugno 1876, in causa Moët e Chardon contro Erphelins.

commerciale, perchè il nome non è una marca od un segno di commercio (1).

981. In Italia le disposizioni relative all'usurpazione del nome commerciale o della firma sono contenute nella legge del 30 agosto 1868. Nell'art. 1° di codesta legge è detto, che la firma di carattere del produttore può costituire un marchio o segno distintivo, e all'art. 5 di tale legge è sanzionata la proibizione di usurpare il nome, e la firma tanto che appartenga ad un individuo, quanto ad una società, e sono quindi comminate le pene contro i contravventori.

Le disposizioni poi contenute nella citata legge furono largamente discusse nella causa tra la Ditta *Johann Maria Farina di Colonia* e *Ulrich*, ed altri, imputati di usurpazione di nome. La Corte di cassazione di Torino, annullando una sentenza della Corte di appello di questa città, decise, che il nome era, come la personalità stessa indicata dal nome o dalla firma, imprescrittibile, e che l'usurpazione del nome e della firma di una Ditta, anche quando non fosse stata designata come marchio o segno distintivo dei prodotti, costituisce di per sè stessa una contravvenzione all'articolo 5 della legge del 30 agosto 1868, che proibisce e punisce l'usurpazione del nome (2).

Questi medesimi principii furono poi applicati dalla Corte di Milano, la quale ritenne come massima sanzionata dalla legge del 1868, e dalla giurisprudenza, che il nome è una proprietà, e che come qualunque altra proprietà dev'essere tutelata dalla legge, talmente che la proprietà di esso deve ritenersi inviolabile, ed inoltre, che l'uso del nome d'altri non può essere lecito, che nel solo caso in cui chi l'usasse ne avesse il possesso legittimo (3).

---

(1) La Corte di Bruxelles applicò questi principii all'usurpazione di nome a pregiudizio di un commerciante italiano nominato De Longo, con sentenza 4 febbraio 1880, PATAILLE, *Annales*, 1881, p. 106.

(2) Cass. 3 marzo 1880, Johann Maria Farina e Ulrich, *Monitore dei Tribunali*, 1880, p. 371.

(3) Corte App. di Milano, 16 maggio 1881, nella causa Erba. In questa causa fu pure stabilita la massima, che non si poteva ammettere per presunzione la cessione di un nome, ma che doveva essere provata, e che tale principio era applicabile sia che si trattasse di nome commerciale di un italiano, che di uno straniero o di una Ditta straniera. Siccome infatti fu

Deve infatti ammettersi che, siccome ad ogni persona appartiene il diritto di servirsi del proprio nome nell'esercizio del suo commercio, così tale diritto dev'essere riconosciuto anche nell'ipotesi di uno, che avendo il nome proprio di un altro, lo adoperi. Non potrebbe in tale caso ammettersi, che vi sia usurpazione di nome fondandosi sulla considerazione del pregiudizio, che ne deriva all'altro che ha l'istesso nome (1). Può soltanto sostenersi con ragione che, quando dalle circostanze risulti, che l'uso del nome omonimo sia fatto con l'intendimento d'indurre il pubblico in errore, unendo al nome altre combinazioni adatte a sorprendere la buona fede dei consumatori, colui che aveva dapprima l'uso commerciale del proprio nome, possa esigere che l'altro aggiunga al nome comune qualche indicazione per distinguerlo dall' omonimo, onde prevenire così una concorrenza sleale (2). Questo per altro dev'essere lasciato al prudente arbitrio del magistrato, che valutando le circostanze può decidere con maggiore cognizione intorno a ciò.

982. Riassumendo quindi i principii, che a nostro modo di vedere dovrebbero regolare l'uso del nome commerciale, a noi sembra, che in massima il nome proprio di un inventore o di un produttore non

---

notato dalla Corte di cassazione di Torino nella sentenza citata, il principio della perfetta eguaglianza fra cittadino e straniero, oltre all'essere sanzionato dall'art. 3 del Codice civile, è riconfermato nell'articolo 4 della citata legge del 1868.

(1) Questa massima fu applicata dalla Corte di appello di New York, nella causa *Glendon Iron* c. *Uhler*. Si trattava di un tale per nome *Glendon* che applicava sul ferro da lui fabbricato il proprio nome. Avendo poi cessato il suo commercio un altro dell'istesso nome fabbricante di ferro, poneva sul ferro da lui fabbricato *Glendon*. Fu deciso che l'uso del nome in questo caso era legittimo.

(2) Tale questione fu decisa in Francia e fu ritenuto, che colui, che aveva prima indicati i suoi prodotti col proprio nome, poteva esigere che l'omonimo fosse obbligato ad aggiungere al nome indicazioni proprie per distinguere i prodotti rispettivi. Vedi Corte di Parigi, 29 luglio 1876; *Le droit*, 9 agosto 1876; CLUNET, *Journal du droit int. privé*, 1876, p. 298. — Confr. pure la sentenza della Corte inglese del 21, 24 e 25 maggio 1876 nella causa *Singer Manufacturing Company* c. *Wilson*. *Journal* citato, pag. 285; e quella della Corte degli Stati Uniti in causa *Cavrol*, id., 1881, p. 275.

possa essere considerato nelle stesse condizioni giuridiche di una marca di commercio. Esso appartiene a ciascuno per diritto proprio, essendo destinato di per sè stesso ad individualizzare la personalità, e che perciò non è suscettibile di appropriazione privata e che neanche deve essere assoggettato alle regole che concernono le marche di commercio (come sono il deposito, la registrazione, e via dicendo) per ammettere che a colui soltanto, cui il nome appartiene dev'essere riservato l'uso esclusivo di esso. Deve conseguentemente ammettersi l'usurpazione del nome ogni qualvolta che uno senza autorizzazione espressa da parte della persona, cui esso appartiene, lo adoperi, e che quando l'uso del nome d'altri fosse fatto di buona fede (come potrebbe accadere nel caso che fosse adoperato per indicare un dato prodotto conosciuto dal pubblico sotto quel dato nome), questo potrebbe essere al certo un motivo sufficiente per escludere l'azione penale e quella del rifacimento del danno da parte di colui di cui fu usato il nome, ma non potrebbe valere a far perdere a lui il diritto d'impedire l'uso del nome proprio in avvenire (1); e siccome codesto diritto deve ritenersi fondato sulla legge che tutela la personalità e che deve impedire qualunque attentato ai diritti della persona, così non può occorrere di fare in ordine a ciò alcuna distinzione fra cittadino e straniero, e di subordinare il riconoscimento del diritto, che ciascuno ha di usare esclusivamente il proprio nome, all'esistenza di trattati internazionali o al principio della reciprocità legale.

Si deve soltanto eccettuare il caso, che col consenso tacito di uno il nome di lui sia stato adoperato per designare un dato oggetto, nel qual caso a cagione dell'essere pubblicamente usato per la indicazione dell'oggetto, a cui originariamente fu applicato, e senza opposizione da parte di colui, cui il nome appartiene, deve reputarsi caduto nel dominio del pubblico, come designazione dell'oggetto. Così è accaduto a modo d'esempio per le lampade denominate *Quinquet*, del sistema detto *Jacquard* e molto probabilmente accadrà lo stesso della macchina *Singer*.

---

(1) Confr. la sentenza della Corte di Parigi, 12 gennaio 1874 (*Compagnie Liebig extract of meat* c. *Coleman*), *Le Droit*, 20 marzo 1874.

983. Nell'applicazione dei principii finora esposti potrebbe sorgere una difficoltà nell'ipotesi, che non si trattasse di nome isolato, ma di nome incorporato ad emblemi ed indicazioni, con le quali esso fosse frammisto in guisa da potere ravvisare nell'insieme una marca di commercio o di fabbrica, della quale il nome fosse un elemento costitutivo. Dato che si volesse in tali circostanze attribuire il carattere di marca di fabbrica al nome così adoperato, si dovrebbe conseguentemente ammettere, che dovessero essere applicate le regole che concernono la proprietà delle marche e che perciò l'uso esclusivo non potrebb'essere garantito a colui, cui il nome appartiene, che sotto le condizioni stabilite per le marche di fabbrica.

La questione è stata agitata dinanzi ai tribunali e variamente risoluta. La Cassazione francese nella causa *Beissel et fils* fondandosi sulla legge del 1857, la quale dispone potersi considerare come marche di commercio i nomi sotto una forma distintiva, ritenne, che: « le nom accompagné d'emblêmes et de mentions, auxquels il s'incorpore et avec lesquels il se confond, n'est plus, à la différence du nom isolé, que l'un des éléments constitutifs, dont la marque se compose » e considerando che una marca di fabbrica non depositata era suscettibile di cadere nel dominio del pubblico, e che, quando ciò si era verificato, non poteva essere rivendicata da nessuno come una proprietà, concluse, che l'etichetta della casa *Beissels et fils* non poteva essere rivendicata come imprescrittibile secondo il diritto delle genti, perchè essa, « y compris le nom ou la raison sociale, ne représente rien de plus qu'une marque de fabrique » (1).

Ma non ci pare che si possa ammettere in principio, che il nome o la ragione sociale possa perdere il suo carattere naturale di essere come nome una proprietà imprescrittibile per diritto delle genti, solo perchè insieme al nome siano descritti emblemi o altri segni distintivi. Il commerciante, al quale il nome appartenesse, potrebbe certamente dare all'insieme il carattere d'una marca di fabbrica depositandola

(1) Cass. reg. 13 février 1879 (*Beissel et fils* c. *Selhinghous*), PATAILLE, *Annales*, 1880, p. 113. Vedi ivi le conclusioni contrarie del procuratore generale Bertaud.

come tale, e quando avesse ciò fatto, si potrebbe ritenere, che esso dovesse soggiacere a tutte le disposizioni, che regolassero l'uso esclusivo d'una marca di fabbrica, e che potesse pure perdere il diritto di procedere contro coloro, che avessero contraffatta la di lui etichetta, qualora si verificassero le condizioni stabilite a tale riguardo per una qualsifosse marca di fabbrica (1). In questa circostanza si potrebbe avere ragione di dire, che il commerciante avrebbe esso stesso assimilato il suo nome a qualunque altro segno distintivo di una marca di commercio, depositando come una marca di fabbrica l'etichetta a lui appartenente, nella quale il suo nome stesso era frammisto ad altri segni distintivi, e che operando in si fatta guisa, avendo egli stesso fatto del suo nome un elemento costitutivo della marca, non potrebbe poi valersi d'altri principii onde provare la contraffazione e l'uso illecito di esso, fuorchè di quelli che regolano le marche di commercio; ma se il commerciante non avesse depositata la sua etichetta come marca di fabbrica, non si potrebbe togliere al nome la sua qualità di proprietà imprescrittibile, sol perchè insieme ad esso vi fossero altri segni distintivi. In ogni caso però non dovrebbe ammettersi che il tribunale potesse farsi interprete dell'intenzione del possessore del nome, ritenendo che egli avesse voluto fare di questo una marca sol perchè lo avesse frammisto con segni o emblemi, mentre, secondo i migliori principii, il nome è una proprietà, e la facoltà di usarlo è un diritto personale, del quale non si deve ammettere la cessione o l'abbandono per semplice presunzione (2).

---

(1) Questi principii furono ritenuti dalla Corte di Bruxelles nella causa di certi fabbricanti di Calabria, Catanzaro e Caraffa, i quali avevano depositato i loro nomi come marca a Bruxelles. Essendo stata contraffatta nel Belgio la loro etichetta, ed avendo dato querela per usurpazione di nome invocando l'applicazione dell'art. 191 del Codice penale belga, la Corte ritenne il detto articolo inapplicabile, perchè i suddetti fabbricanti italiani avevano depositata l'etichetta col loro nome come una marca di commercio e si dovevano applicare le regole per la contraffazione delle marche non quelle per l'usurpazione di nome. Bruxelles, 11 febbraio 1880, PATAILLE, *Annales*, 1881, pag. 106.

(2) Conf. la citata sentenza della Corte di Milano 16 maggio 1881, in causa Erba.

984. I principii esposti fino a questo punto a riguardo delle marche delle insegne di commercio e del nome commerciale non possono reputarsi sufficienti a risolvere le controversie che nascono a proposito del diritto attribuito secondo certe leggi agl'inventori industriali di ottenere mediante il brevetto la privativa della fabbricazione degli oggetti di loro invenzione. Non si può al certo contestare che a ciascheduna sovranità competa il diritto di regolare l'esercizio delle arti industriali e che dev'essere lasciato nel dominio di essa di concedere agli artefici il privilegio dello smercio a proprio profitto degli oggetti di loro invenzione, onde provvedere meglio così all'incremento delle industrie, ma non possiamo ammettere che codesto diritto concesso all'industriante possa essere riguardato come un diritto patrimoniale di lui, e come tale degno della protezione legale dovunque, nella stessa guisa di ogni cosa che formi parte del patrimonio di ciascuna persona. Si può infatti sostenere, che la legge di ciascuno Stato possa attribuire all'autore di una scoperta la facoltà esclusiva di attuarla e cavarne profitto per un certo tempo sotto le condizioni da essa legge stabilite. Siccome però cotesta concessione non può altrimenti essere considerata, che come un vantaggio accordato dalla sovranità per incoraggiare le arti industriali, e come tale ha il carattere del privilegio, così fa di mestiere di riguardarla come ristretta entro i limiti del territorio, sul quale la sovranità impera, escludendo in principio da parte del possessore della privativa privilegiata il diritto alla protezione internazionale fondato sul Diritto delle genti, come abbiamo detto di ogni cosa che formi parte del patrimonio di ciascuno.

Questo abbiamo più ragione di sostenere oggi, dappoichè ferve la disputa tra i conservatori e i riformisti in materia di brevetti (1)

---

(1) CHEVALIER (Michel), *Introduction aux rapports de la section française du jury international sur l'ensemble de l'Exposition universelle de Londres, de 1862*, e il resoconto dell'Istituto di Francia (t. LXIII, pag. 235 e seg.), 1863, *Compte rendu par M.* VERGÉ; il discorso di MACFIE, negli *Atti del Congresso di Bruxelles*, del 1862; *Annales de l'Association international pour le progrès des sciences sociales* e gli *Atti del Congresso di Gand*, *Annales* citati, 1863. — Nel 1883, avendo il Governo prussiano domandato l'avviso delle Camere di commercio e delle Corporazioni com-

e con argomenti ben fondati si è arrivati dagli uni contro gli altri a dimostrare che il sistema dei brevetti, anche considerato rispetto alla legge interna di ciascuno Stato, così come si trova nell'attualità regolato, pregiudica, piuttosto che favorire l'incremento dell'industria; per lo che la grande maggioranza si trova d'accordo nel riconoscere necessaria una riforma nelle legislazioni interne, affinchè il sistema dei brevetti non sia un ostacolo alla libertà del lavoro (1).

985. In tale stato di cose riesce facile comprendere, come i principii che abbiamo sostenuto finora a riguardo della proprietà industriale, non possiamo mantenerli per i brevetti d'invenzione. A chiunque consideri come siano diversi i criteri giuridici, ai quali sono informate le leggi dei vari paesi rispetto al determinare quali invenzioni possano godere la privativa: le persone alle quali il brevetto possa essere validamente concesso: il regime dei brevetti di miglioramento e d'importazione: la durata e l'estensione del privilegio, chiaro apparisce, che non solo non si può sostenere che la privativa industriale debba essere in principio assicurata oltre il territorio dello Stato, da cui fu concessa, ma che un diritto comune su questa materia per stabilire la ricognizione internazionale dei brevetti non potrà essere effettuato senza mettere le legislazioni particolari dei diversi paesi in armonia, onde ovviare che il privilegio diventi un ostacolo alla libertà del lavoro e al progresso dell'industria, ed una fonte interminabile di controversie (2).

---

merciali sulla questione se, avuto riguardo allo stato nel quale si trovava l'industria, allo spirito dell'invenzione e agli inconvenienti che derivano dal sistema dei brevetti, vi fosse o no bisogno di concedere questi agli inventori onde incoraggiarli: 31 Camere di commercio contro 16 si pronunciarono per la soppressione assoluta dei brevetti.

(1) Vedi le comunicazioni di M. De Lavergne all'Istituto di Francia, *Académie des sciences morales et politiques*, 1863, t. LXIII, p. 282); il rapporto fatto al Congresso di Dublino nel 1861; quello fatto al Congresso di New York nel 1869, e le discussioni durante l'Esposizione di Parigi del 1878 nel Congresso per la proprietà industriale, e la Lettera di M. Matile, di Washington, nella *Revue de Droit int.*, 1869, pag. 310-12.

(2) Vi sono paesi che non riconoscono il privilegio dei brevetti, e tali sono la Danimarca, la Svizzera, i Paesi Bassi, il Meclenbourg, la Turchia e la Grecia. Il sistema di procedura sanzionato poi nelle leggi che li ammet-

986. Non si può contestare in principio l'autorità assoluta della legge territoriale in ordine a ciò, essendochè siccome la sovranità di ciascuno Stato può concedere all'inventore ed ai suoi aventi causa il privilegio di smerciare esclusivamente la propria invenzione, così deve ammettersi il diritto di essa di determinare con legge le condizioni, sotto le quali tale privilegio può sussistere, e quanto concerne la sua durata, la sua estensione, e la tutela del beneficio conferito. Riesce chiaro, che quello, che ciascuna sovranità a riguardo di ciò dispone, non può avere autorità che dentro i limiti del territorio soggetto al suo impero, laonde non ne potrebbe mai seguire che l'inventore potesse poi domandare di godere in un altro paese il privilegio a lui conferito secondo la legge di quello, in cui il brevetto originariamente fu a lui concesso. Le sovranità devono considerarsi completamente indipendenti per tutto ciò che concerne questa materia, e conseguentemente ciascuna di esse può conferire il privilegio, quando sussistano le condizioni determinate dalla legge per l'acquisto ed il godimento del diritto, può ammettere gli stranieri a godere dello stesso beneficio, e si può altresì sostenere che non debba escluderli, onde non stabilire una disparità di condizione giuridica nel campo dei rapporti privati tra

---

tono, e destinato a constatarne la regolarità e la validità, apre il più largo campo alle controversie nell'interno di ciascun Stato. Questa è una questione nella quale è tanto difficile l'accordo dei principii. « Il n'y a pas de matière « plus litigieuse que celle des brevets d'invention » diceva M. De Lavergne all'*Accademia delle scienze morali in Francia*. « Jusqu'à quel point une « invention prétendue est-elle une invention? Jusqu'à quel point une « contrefaçon prétendue est-elle contrefaçon? Ces questions sont dans la « pratique à peu près insolubles. » La verità è che le esposizioni universali hanno giovato all'organizzazione internazionale del lavoro, e la maggior parte delle scoperte non sono il frutto del lavoro di un uomo, ma il risultato del lavoro combinato e delle pazienti ricerche di molti. In tale stato di cose, puossi attribuire il monopolio dell'invenzione ad un preteso inventore?

Anche il principe di Bismark, in una sua *Memoria*, presentata il 10 dicembre 1868 al Consiglio federale della Germania del Nord, concluse contro il monopolio dei brevetti, adducendo, tra le altre ragioni, che nessuno dei sistemi legislativi può dare buoni risultati.

Vedi Rolin Jacquemyns, *De quelques manifestations récentes de l'opinion publique en Europe au sujet des brevets d'invention*.

cittadini e stranieri (1). Ma colui, che avesse poi ottenuto in virtù della legge il privilegio, non avrebbe ragione di reputare questo come un suo diritto patrimoniale, e pretenderne il rispetto negli altri paesi. Tale vantaggio potrebbe essere stabilito soltanto mediante un trattato *ad hoc*, ovvero potrebbe derivare dalla legge, la quale indipendentemente dai trattati potrebbe conferire a coloro, i quali avessero ottenuto un brevetto all'estero di poter godere il vantaggio dello smercio privilegiato nello Stato, adempiendo alle condizioni ed alle formalità prescritte dalla legge locale. Ed anche rispetto a ciò deve ammettersi assoluta l'autorità di ciascun paese, e conseguentemente ogni controversia dev'essere risoluta a norma della legge territoriale, potendo bene accadere che questa sancisca regole diverse per quanto attenga all'acquisto, al godimento ed alla decadenza del diritto spettante ad un inventore brevettato all'estero.

Onde eliminare molte divergenze intorno a questa materia è sommamente desiderabile che gli Stati s'accordino nello stabilire le basi di una legge comune sulle privative industriali costituendo anche in materia di brevetto d'invenzione un'*Unione* internazionale con l'intendimento di limitare il privilegio a quelle opere soltanto, che siano state previamente riconosciute di utilità internazionale e che abbiano il carattere di vera e propria invenzione benefica alla generalità (2).

---

(1) Sotto questo punto di vista la legge francese del 5 luglio 1844 è conforme ai giusti principii di diritto internazionale. Essa concede infatti agli stranieri di ottenere il brevetto per un'invenzione non brevettata senza subordinare tale beneficio alla condizione della reciprocità, e a quella di avere il godimento dei diritti civili in Francia, o la residenza o uno stabilimento commerciale.

(2) Vedi le proposte fatte da MACFIE al Congresso di Bruxelles del 1862 *Les brevets d'invention considérés au point de vue international* (*Annales de l'Association*, citate).

In seguito alle discussioni nel Congresso per la proprietà industriale riunitasi a Parigi al Trocadero durante l'Esposizione del 1878, un progetto fu elaborato a norma delle risoluzioni adottate dal Congresso, e si legge nel CLUNET, *Journal*, 1878, pag. 413.

La legge federale svizzera del 29 giugno 1888, che ammette la protezione dei brevetti d'invenzione, e che concede a coloro che abbiano ottenuto un brevetto all'estero di poter ottenere la privativa in Svizzera in base al

Finchè non si arriverà a questo bisognerà ammettere come regola che nel territorio di ciascuno Stato dev'essere applicata la legge territoriale onde decidere a seconda di essa, se debba o no ammettersi la privativa e come debbano essere impedite e punite le contraffazioni e lo smercio degli oggetti di privativa.

Dato che la legge territoriale inibisca e punisca la contraffazione e lo smercio degli oggetti, dei quali essa avesse attribuita la privativa all'inventore, bisognerebbe ammettere che questi non potesse impedire la contraffazione e lo smercio degli oggetti di privativa all'estero, ma che potrebbe domandare soltanto che fosse impedita nello Stato, in cui egli ottenne il brevetto, la vendita degli oggetti contraffatti all'estero, e domandare ed ottenere a riguardo di ciò l'applicazione della legge territoriale. Riesce chiaro quindi, che se a norma di questa fosse concesso all'inventore, che ottenne il brevetto, di far sequestrare gli oggetti contraffatti, tale diritto potrebbe essere da lui sperimentato anche contro coloro, che avendo contraffatto gli oggetti di privativa all'estero li avessero poi introdotti nello Stato per eseguirne la vendita.

987. La difficoltà in ordine a ciò può sorgere nell'ipotesi, che gli oggetti contraffatti all'estero si trovassero nello Stato ove fu concessa la privativa, non per essere usati o venduti, ma accidentalmente e per *transito*.

A noi non sembra che data questa ipotesi possa essere il caso d'invocare l'applicazione della legge territoriale, imperocchè siccome questa non può avere autorità che a riguardo dei fatti giuridici compiuti sul territorio soggetto al suo impero, e siccome il fatto da essa inibito sarebbe lo smercio degli oggetti di privativa o la contraffazione di essi nello Stato, e nel caso da noi immaginato non si verrebbe a verificare nè l'una cosa nè l'altra, perchè gli oggetti in transito non implicano nè lo smercio nè il tentativo per smerciarli, così non vi

---

trattati esistenti (art. 32), pone questo giusto principio all'art. 2°: « Ne « seront pas considérées comme nouvelles les inventions qui, au moment « de la demande du brevet, seront suffisamment connues en Suisse pour « pouvoir être exécutées par un homme du métier. »

potrebb'essere alcun giusto motivo per assoggettare tale fatto alla legge territoriale. Bisogna quindi ritenere in principio, che, quando dalle circostanze non risulti che gli oggetti contraffatti all'estero siano stati introdotti nello Stato, ove esiste la privativa, con l'intendimento di usarli o di venderli nel territorio, non può essere mai il caso di applicare la legge territoriale (1). Conseguentemente trattandosi di *transito* vero e proprio, vale a dire di merci che si trovino temporaneamente ed accidentalmente per essere rispedite all'estero, non può essere il caso di applicare la legge territoriale. Il dubbio potrebbe sorgere nell'ipotesi di oggetti contraffatti all'estero e depositati nei *docks*, perchè siccome tali oggetti potrebbero essere ritirati dalla dogana appena pagati i diritti, il deposito di essi fatto potrebb'essere considerato come introduzione nel territorio per eseguirne lo smercio.

988. Un altro dubbio è stato sollevato a riguardo dell'applicazione della legge territoriale relativamente agli oggetti garantiti con brevetto in uno Stato e contraffatti e fabbricati all'estero ed esposti nei locali addetti ad un'Esposizione internazionale fatta nello Stato, che abbia concessa la privativa.

Da una parte era stato osservato, che l'esposizione degli oggetti contraffatti fatta col solo intendimento di farli conoscere per venderli poi all'estero non poteva essere di per sè stessa un fatto per applicare la legge territoriale che tuteli la privativa. La sovranità territoriale infatti concedendo la privativa conferisce all'autore della scoperta la facoltà esclusiva di attuarla e di trarne profitto nel territorio, sul quale essa esercita il suo potere, ma siccome cotesta sovranità non può tutelare il privilegio nei paesi stranieri indipendentemente dai trattati, nè impedire che ivi siano fabbricati o venduti gli oggetti di privativa industriale, così non può sostenersi, che le disposizioni della legge territoriale circa la contraffazione e la vendita degli oggetti privilegiati possano essere applicate agli oggetti contraffatti all'estero e messi in mostra all'Esposizione, perchè nè la contraffazione nè la vendita

---

(1) Conf. POUILLET, *Brevets d'invention*, pag. 707, e nel senso contrario alla dottrina da noi sostenuta, Rouen, 12 febbraio 1874 (Teschen e Manque)· CLUNET, *Journal*, 1875, p. 113; BOZERAIN, *Propriété industrielle*, § 172.

verificandosi nel territorio mancherebbe il fatto giuridico sommesso all'impero della legge territoriale.

In senso contrario è stato però osservato, che colui, che sotto la tutela della legge territoriale si trova nel possesso e nell'esercizio di una privativa industriale, ha il diritto di reclamare che il privilegio a lui concesso dalla legge territoriale sia efficacemente da questa garantito. Che gli oggetti fabbricati all'estero e messi in mostra in una Esposizione valgono non solo a farli conoscere a tutti coloro, che vogliano acquistarli, ma ad eseguire la vendita nel recinto stesso della Esposizione, potendo l'esponente ricevere le commissioni e concludere i contratti di vendita, salvo poi ad eseguire la consegna degli oggetti venduti nel paese straniero ove non esiste la privativa. Che essendo la vendita inibita, secondo la legge territoriale deve questa ritenersi autorevole ad impedire il negozio giuridico perfezionato là, ove essa imperi, a pregiudizio di colui cui essa concesse la privativa.

Certamente stando al rigore dei principii non si potrebbe escludere l'applicazione della legge territoriale anche al fatto da parte di uno, che espone nel territorio dello Stato, ove esiste la privativa, oggetti contraffatti per offrirli a coloro, che vogliono comprarli, salvo poi il patto di eseguire la consegna fuori del territorio dello Stato nel quale l'Esposizione ha luogo. Nella pratica però ogni controversia può ritenersi oramai eliminata perchè i Governi, che mirano naturalmente a promuovere il concorso all'Esposizione da essi imbandito, hanno con leggi speciali provveduto ad eliminare ogni dissidio garantendo gli espositori degli oggetti di privativa industriale fabbricati all'estero di poter essere al sicuro di ogni molestia, quando essi si limitino ad esporre gli oggetti contraffatti e riportarli nel termine fissato dopo la chiusura ufficiale dell'Esposizione (1).

(1) La questione si presentò a proposito dell'Esposizione universale che ebbe luogo in Francia nel 1878. In seguito alle difficoltà sollevate dai Governi stranieri, una legge speciale fu promulgata l'8 aprile 1878, colla quale fu derogato alla legge del 5 luglio 1844 e del 20-31 maggio 1856 a riguardo degli oggetti fabbricati all'estero d'invenzione francese brevettata in Francia, e ne fu concessa la mostra, sotto condizione però che si fosse trattato di un modello unico, e che esso dovesse essere riesportato entro il

989. Bisogna anche rispetto ai brevetti d'invenzione, dato che il beneficio della privativa fosse assicurato fra due Stati mediante trattati, tener presente le regole che abbiamo esposte innanzi a riguardo delle marche di fabbrica, che cioè il trattato può essere il titolo per domandare di godere il beneficio della privativa nel paese estero, ma che bisogna ognora attenersi alla legge di questo per determinare tutte le condizioni sotto le quali si può godere il beneficio, e le formalità che devono essere osservate, e quanto concerne, la conservazione del diritto e la decadenza. Può quindi ben accadere che data l'ipotesi di decadenza per fatto contemplato dalla legge, essa possa verificarsi nel paese originario in virtù della legge ivi vigente e che debba nonostante reputarsi sussistente il privilegio nell'altro paese, ove la privativa sia stata legalmente acquistata, e non si sia ivi verificata alcuna causa di decadenza. Conviene sempre in questa materia ritenere in principio non solo la indipendenza delle sovranità, ma esclusiva l'autorità di ciascuna legge territoriale (1).

Solamente a riguardo della durata del brevetto ci sembra giusto ammettere, che, qualora secondo la legge del paese, ove la privativa originariamente sia stata concessa, questa venga a cessare colla decorrenza del tempo dalla legge stessa determinato, debba ritenersi cessata altresì negli altri paesi, nei quali il concessionario in virtù dei trattati abbia ottenuto la protezione legale del brevetto (2). Dovendo ammet-

---

mese dalla chiusura ufficiale dell'Esposizione; per i prodotti ammessi alla Esposizione universale del 1889 è stato pure provveduto con la legge del 30 ottobre 1888, che ha derogato a quella del 5 luglio 1844. Anche la Spagna ha regolata questa materia con norme speciali sancite col R. Decreto 1888.

(1) La Corte di cassazione francese ha sanzionato la dottrina contraria, e nella sua sentenza del 14 gennaio 1864, *Rebour* c. *Duboucheron*, Sirey, 1869, I, 200, decise che la decadenza del brevetto ottenuto all'estero produceva la decadenza di quello ottenuto in Francia.

(2) La durata del brevetto d'invenzione è in certi casi determinata in modo uniforme per disposizione della legge: così è nell'Inghilterra e nel Belgio, e nell'Impero Germanico, secondo la legge del 1877, mentre che in Francia, in Austria, in Italia, nella Spagna, nel Portogallo dipende fino a un certo *maximum* dalla scelta dell'interessato, e nella Svezia e nella Russia dalla decisione dell'autorità stessa che rilascia l'attestato.

tersi che la protezione legale dovuta in base al trattato abbia per oggetto la tutela del diritto originariamente attribuito all'inventore, è naturale ritenere, che estinto il diritto di lui originario si debba reputare estinta altresì la protezione legale del diritto stesso negli altri paesi (1).

990. In virtù del principio dell'autorità assoluta della legge territoriale in materia di privativa deve pure ammettersi, che l'inventore privilegiato, anche quando abbia ottenuto la tutela del privilegio in paese estero in base al trattato può subire l'espropriazione dell'invenzione privilegiata per ragioni di pubblica utilità e che si deve in tale caso decidere a norma della legge dello Stato, se compete alla sovranità il diritto di appropriarsi l'invenzione privilegiata, e se sia tenuta a ristorare di ogni danno l'inventore che abbia acquistato la privativa. Si deve senza dubbio ritenere in opposizione ai giusti principii del diritto, che una sovranità dopo avere garantito il rispetto di un'invenzione privilegiata all'estero possa poi appropriarsi l'invenzione senza dare al concessionario del brevetto la giusta indennità. Bisogna non pertanto ammettere senza contrasto l'autorità della legge territoriale in ordine a ciò, e anche per determinare l'indennità dovuta, e le norme colle quali dev'essere determinata (2).

---

(1) È così disposto dall'art. 25 dell'editto sui brevetti d'invenzione del 1852 (15 e 16 Vict. c. 83), e dall'art. 29 della legge del 1844 per la Francia, e da altre leggi.

(2) L'art. 16 della legge inglese del 1852, citato, dispone che le prerogative della Corona comprendono il diritto di rivocare la privativa, e che perciò il Governo può per suo uso attuare o imitare l'invenzione brevettata, o autorizzare un terzo a contraffarla. I tribunali inglesi hanno quindi deciso che l'inventore privilegiato non abbia azione nè contro il Governo, nè contro il terzo che abbia lavorato per conto del Governo, e che questi debba essere affrancato da qualunque responsabilità. Vedi in questo senso la sentenza della Corte del 10, 14, 25 febbraio 1876, *Dixin* c. *The London small arms Company limited, Week* (*Report*, vol. XXIV, p. 766).

I tribunali americani, al contrario, hanno sempre deciso che il Governo non possa dopo aver concesso il brevetto d'invenzione utilizzare l'invenzione a suo profitto, che i suoi diritti a tale riguardo non sono più estesi di quelli di un privato, e che deve in ogni caso rimunerare e indennizzare l'inventore. Vedi la sentenza della Suprema Corte degli Stati Uniti nella causa

991. A questo proposito reputiamo opportuno di notare, che se il concessionario del brevetto avesse ceduto ad altri di fabbricare e smerciare l'oggetto di privativa all'estero, spetterebbe poi al cessionario di soddisfare alle condizioni prescritte dalla legge estera per usufruire della privativa a lui ceduta, e qualora egli incorresse nel decadimento per l'inadempiezza delle formalità legali, o per disposizioni sopravvenute da parte della pubblica amministrazione del paese estero non potesse ivi usufruire dell'invenzione privilegiata a lui ceduta, questa non sarebbe una ragione sufficiente a far sì che la cessione potesse essere considerata nulla. Colui, che cede la privativa, deve garentire di essere nel possesso di una scoperta o di un'invenzione privilegiata, e di potersi ottenere, al momento in cui la cessione ha luogo, la ricognizione del brevetto nel paese estero facendolo riconoscere dalla sovranità territoriale in conformità delle leggi e dei trattati esistenti, ma quello che il concessionario deve fare per poter usufruire dell'invenzione a lui ceduta, e tutto quello che può essere la conseguenza della legge territoriale pubblicata dopo fatta la cessione, e che può impedire al cessionario di usufruire dell'invenzione privilegiata a lui ceduta, questo non può modificare i rapporti contrattuali derivanti

---

Cammeyer c. *Newton*, 15 *Albany Law* (*Journal*, p. 115), riportata dal Clunet, *Journal*, 1877, p. 258.

La Corte di Parigi, nella causa *Boxer Gevellot* c. *Chalbert*, decise pure, con sentenza 11 gennaio 1876 che « les brevets délivrés par l'État Français « à un étranger ne sont pas un obstacle à ce que l'État, dans l'intérêt supé« rieur de sa défense, n'introduise directement ou par l'entremise d'un « tiers les objets brevetés pour l'armement des troupes » e concluse che « l'action en dommages-intérêts formée par Boxer ne saurait-être accueillie « par les tribunaux français ». La legge germanica poi del 25 maggio 1871 riserva allo Stato il diritto di utilizzare l'invenzione a profitto dell'armata o della marina, o nell'interesse del pubblico bene; ma riconosce che l'inventore avrebbe in questo caso il diritto di reclamare dall'Impero o dallo Stato che avesse profittato dell'invenzione per suoi pubblici interessi, un'indennità che, in mancanza di accordo, dovrebbe essere fissata dai tribunali.

Ammesso il sistema dei brevetti d'invenzione è chiaro che l'unica soluzione secondo equità e giustizia è quella ammessa nella giurisprudenza americana, e sanzionata dalla legge germanica.

dalla cessione (1). Potrebbe quindi accadere che il cessionario subisca una espropriazione e senza indennità da parte del Governo straniero, che abbia attuata o imitata per suo uso l'invenzione brevettata. Ovvero potrebbe accadere, che riconosciuta la privativa e concesso il brevetto dall'autorità locale competente, l'autorità amministrativa (cui la legge attribuisca il diritto d'ispezionare l'oggetto materiale, che si voglia mettere in vendita o in commercio e di proibirne sotto certe condizioni l'uso e la vendita) abbia ciò inibito, per la considerazione che l'oggetto materiale risultato dell'applicazione della scoperta non sia tale da soddisfare a tutte le condizioni richieste dalla legge per autorizzarne lo smercio. Questo potrebbe impedire al cessionario d'usufruire dell'invenzione privilegiata a lui ceduta, ma non potrebb'essere una ragione sufficiente a far considerare nulla la cessione.

Noi abbiamo già più volte detto e dobbiamo ripeterlo per concludere, che in questa materia deve riconoscersi in tutto e sotto ogni rispetto l'autorità della legge territoriale: laonde deve decidersi anche in conformità di questa, se, date certe condizioni, colui, al quale sia stato validamente concesso il brevetto di un'invenzione privilegiata all'estero, possa effettivamente e nell'attualità godere di esso nello Stato.

---

(1) La Cassazione francese decise che la cessione di un brevetto non si poteva considerare nulla, se il brevetto ceduto era soggetto a decadenza pel ritardo nel mettere in pratica l'invenzione, se la decadenza non era stata ancora pronunziata dall'autorità straniera (nella specie, dal Governo olandese), Cass. reg. 1° giugno 1875 (San e Dietz c. Tessie), CLUNET, *Journal*, 1876, p. 356. V. pure la sentenza della Corte di Parigi, 11 maggio 1874, id., id., p. 179.

Vedi pure per le formalità occorrenti per l'efficacia della cessione di un brevetto francese avvenuta in paese straniero. CLUNET, *Journal*, 1879, pag. 478. Confr. la sentenza della Suprema Corte degli Stati Uniti d'America nella causa *Hendry* c. *Logles* (*Albany-Journal*, vol. XIX, p. 179.

Vedi sui brevetti d'invenzione: CALVO, *Droit intern.*, t. II, § 1386; PICARD e OLMI, *Traité des brevets d'invention;* RENOUARD, *Traité des brevets;* LEGRAND, *Rapport sur les brevets* (Rapport français sur l'Exposition de 1862, classe VIII, sect. VII); VERGÉ, *Compte-rendu des séances de l'Académie des sciences morales*, t. LXIII; TILLIÈRE, *Traité des brevets;* POUILLET, *Des brevets;* RUBENS DE COUDER, *Dict. de Dr. commun: Brevets d'invention;* SCHMOLI, *Traité pratique des brevets;* il Rapporto di M. DUPIN, a proposito della discussione della legge francese del 1844.

APPENDICE

Nel corso dell'opera abbiamo più volte rammentato quello che era stato da noi scritto nelle opere precedentemente pubblicate, in quella cioè sul *Diritto pubblico internazionale*, stampata a Milano nel 1865, e nell'altra sul *Diritto internazionale privato*, stampata a Firenze nel 1869. Ora, siccome le mentovate opere non si trovano in commercio, abbiamo reputato opportuno di far conoscere a tutti coloro, che non possono avere l'agio di procurarsele, quello che era stato da noi precedentemente scritto a riguardo dell'autorità territoriale ed estraterritoriale delle leggi, e della loro applicazione. Pubblichiamo quindi un Capitolo della nostra opera: *Diritto internazionale pubblico*, ed un altro del *Trattato di Diritto internazionale privato* a solo fine di constatare che per quanto concerne i principii fondamentali, noi non abbiamo trovato ragione di modificare nulla di quello che avevano precedentemente scritto.

Richiamiamo sopratutto l'attenzione sul Capitolo estratto dal *Nuovo Diritto internazionale pubblico*, che fu stampato a Milano nei primi mesi del 1865, e conseguentemente prima della pubblicazione del Codice civile italiano. I principii fondamentali di tutta la teoria del *Diritto internazionale privato*, che è stata da noi sviluppata con maggiore larghezza nelle opere che abbiamo posteriormente pubblicate, sono perfettamente quelli stessi stabiliti in tale Capitolo.

Era poi naturale che noi dovessimo sostenerli con maggiore forza di convincimento, perchè da una parte era per noi della massima autorità che la Commissione, la quale preparò il progetto di Codice civile composta di eminenti giuristi tra i quali si trovava pure il Mancini, strenuo cultore del Diritto internazionale e sostenitore delle teorie più liberali della scienza moderna, aveva posto gli stessi

principii a base dell'importante riforma legislativa, che costituisce la principale gloria della legislazione italiana, quella cioè che colla codificazione riformò e trasformò le basi del Diritto internazionale privato nel senso il più liberale. D'altra parte era pure un valevole sostegno l'avere altri eminenti giuristi, e l'Istituto stesso di Diritto internazionale, che riunisce di essi la migliore rappresentanza, modificata la base dell'autorità estraterritoriale delle leggi trasformando completamente la teoria tradizionale a riguardo del concetto dello *statuto reale*.

A.

Capitolo estratto dall'Opera *Nuovo Diritto Internazionale Pubblico*

(Milano, Casa Editrice degli Autori-Edito, 1865, pag. 129) (1).

CAPITOLO VIII.

Diritto di legislazione nelle sue relazioni cogli stranieri.

« Le questioni di diritto internazionale privato hanno oggidì « moltissima importanza, perchè essendosi accresciute notabilmente « le relazioni fra le diverse nazioni ed essendosi moltiplicati i punti « di contatto fra gli individui appartenenti a diverse nazioni, si sono « moltiplicate le occasioni di conflitto.

« La legge regola la capacità dell'individuo e determina quello « che può fare, governa i suoi beni, la loro natura, la loro trasmis« sione e le modificazioni di cui sono suscettibili, infine dà una forma « agli atti, e stabilisce come l'uomo deve fare ciocchè può fare. L'in« dividuo dunque è sottoposto alla legge sotto triplice rispetto, per « la sua persona cioè, per i suoi beni e per i suoi atti. Benchè le

(1) Essendo questa Opera fuori di commercio, tre esemplari di essa si trovano nelle Biblioteche di Torino (Nazionale), di Napoli (Universitaria) e di Pisa. — La traduzione francese di detta Opera fu fatta da Pradier-Fodéré, e fu pubblicata dall'editore Pedone-Lauriel, a Parigi nel 1868.

« diverse legislazioni tendano a semplificarsi, manca tuttavia la per-
« fetta uniformità tra le leggi civili e commerciali delle diverse nazioni.
« Ciascuno regola a suo modo la capacità personale secondo l'età, il
« sesso, la qualità e la natura degli atti; la trasmissione dei beni e il
« loro regime; la forma degli atti e dei contratti ed i loro effetti. Le
« leggi della patria in cui l'individuo nasce lo assistono dal momento
« della nascita, e gli danno lo stato civile; ma queste possono trovarsi
« in conflitto colle leggi del luogo in cui l'individuo ha fissato il suo
« domicilio, e se l'indivisibilità della persona impedisce che sia appli-
« cata una legge diversa da quella che regola la persona stessa, la
« divisibilità dei beni che una persona può possedere, e la loro situa-
« zione in diversi territorii, pone l'individuo in relazione con leggi
« diverse da quelle del suo domicilio. Che se l'individuo vuole con-
« trarre fuori della sua patria, si trova nella necessità di regolare la
« forma dei suoi atti con la legge del luogo in cui l'atto si compie e
« si eseguisce. Da ciò ne segue, che, benchè la garanzia giuridica
« degli stranieri sia un dovere di tutte le nazioni, nel determinare il
« modo per assicurare agli stranieri la garanzia dei loro diritti, il
« conflitto della legislazione è non solo possibile, ma inevitabile, e da
« ciò la necessità di stabilire alcune norme generali per risolvere le
« molteplici quistioni.

« Fra i varii sistemi il più antico e il più comunemente accettato
« è quello della reciprocità, secondo il quale le leggi di uno Stato
« dovrebbero applicarsi agli stranieri, nella stessa guisa che le leggi
« dello Stato straniero si applicano ai nazionali colà residenti. Secondo
« questo sistema si ammetterebbe come lecita la rappresaglia giuridica,
« sostenendo che non solo l'esercizio dei diritti civili, ma quello altresì
« dei diritti naturali dovesse essere impedito agli stranieri, o regolato
« in un modo piuttosto che nell'altro, qualora lo Stato forestiero proi-
« bisse ai nazionali l'esercizio di quei diritti. Questo sistema non è
« affatto razionale, perchè sottopone i principii del diritto alla ragione
« di utilità, e ci rincresce che lo stesso Rocco, dottissimo ed accurato
« scrittore, abbia voluto sostenerlo. Egli infatti scrive così: « quan-
« tunque benigne debbono essere le leggi verso le estere genti, non
« debba credersi che qualora lo Stato, cui queste si appartengono,

« niegasse a noi l'esercizio di alcuna di quelle facoltà che la natura
« stessa ci dà, non fosse nel regno lecito per rappresaglia praticare
« la stessa cosa. Come pensare che si potesse dagli stranieri succedere
« nel regno nostro e disporre dei beni se la stessa facoltà a noi non
« si concede nel paese loro? » (1). Secondo questo sistema le leggi di
« uno Stato dovrebbero applicarsi all'estero nella stessa guisa che si
« applicano presso lo Stato estero le leggi dell'altro. Ma si comprende
« chiaramente che se l'uso e l'arbitrio non può legittimare l'ingiu-
« stizia, questo sistema non propone un criterio razionale, e noi lo
« rigettiamo assolutamente.

« Altri autori, tra i quali vi è il celebre Fœlix, sostengono che
« tutti gli effetti prodotti dalle leggi straniere nel territorio di una
« nazione dipendono dal suo consenso espresso o tacito. Infatti, dice
« egli, una nazione non essendo obbligata ad ammettere nel suo
« territorio l'applicazione delle leggi emanate in territorio straniero,
« può indubitatamente negar loro qualunque effetto, o può pronunciare
« questo divieto per alcune soltanto, perciò conchiude l'autore che
« bisogna tener conto o del suo consenso espresso manifestato nei
« trattati, o del suo consenso tacito che si ha dalle decisioni rese
« dall'autorità giudiziaria o amministrativa (2). Questo sistema è falso
« perchè non ammette alcun fondamento razionale di diritto e fa
« tutto dipendere dal consenso, e noi lo rigettiamo. Altri, fra i quali
« citiamo il Demolombe e il Marcadé hanno sostenuto il sistema degli
« statuti, distinguendoli in personali e misti. Secondo questi autori
« le leggi si riferiscono alle persone o alle cose, e da ciò la differenza
« di statuto personale e statuto reale. Ezio definisce il primo nel
« seguente modo: *In personam constituit lex quando personam*
« *afficit, et quidem primarie; nihil enim obstat si secundarie et*
« *per consequentiam vi legis jus aliquot vel acquirendi rem vel*
« *disponendi de eadem tribuitur.* Il Voet poi definisce il secondo nel
« seguente modo: *Realia sunt quae rem principaliter afficiunt, et*
« *circa rem aliquid disponunt, sive personae mentio facta sint sive*

(1) Rocco, *Diritto civile internazionale*, cap. VIII, pag. 28.
(2) Fœlix, *Droit intern. privé*, prel., cap. III, § 2.

« *non, si modo primaria mens statuentis sit non de personis, sed*
« *de rebus disponi, etc.* Dopo questa disposizione gli autori hanno
« stabilito il principio che nel regolare la capacità della persona
« deve applicarsi la legge della nazione cui la persona appartiene; e
« che nel determinare le relazioni giuridiche delle cose deve appli-
« carsi la legge del luogo in cui le cose esistono. Ma nell'applica-
« zione di questi principii indeterminati, non avendo potuto risolvere
« tutte le difficoltà, hanno dovuto ricorrere a distinzioni e suddivi-
« sioni, dando alcuna volta definizioni arbitrarie, ed ammettendo gli
« statuti misti, in modo che la loro teoria non ha potuto stabilire un
« principio generale. Il Savigny parlando di questa teoria dice: non
« si potrebbe assolutamente rigettarla, perchè è suscettibile di una
« interpretazione, e di applicazioni alcuna volta giuste, ma essa è in-
« completa e dà luogo ad innumerevoli equivoci. Un'altra dottrina
« ammette la teoria del consenso presunto degli interessati, e secondo
« questa dottrina le relazioni civili internazionali dovrebbero essere
« regolate da quella legislazione che gl'interessati abbiano presunti-
« vamente accettata; ma questo principio non definisce la quistione
« perchè bisogna ricercare le norme con l'aiuto delle quali si abbia
« a decidere, secondo la varia natura dei fatti, quale legislazione si
« debba presumere accettata dagli interessati. Stabiliti i principii di
« ragione secondo cui debbono applicarsi le diverse leggi, queste non
« obbligano perchè si presumono accettate, ma si presumono accettate
« perchè obbligano necessariamente, dunque la quistione non è defi-
« nita, ma spostata solamente, e noi senza trattenerci ad esaminare
« altre ipotesi conchiudiamo che nessuno dei sistemi è sufficiente per
« stabilire il criterio con cui dovrebbero applicarsi le diverse leggi
« nel caso di conflitto.

« Per sostituire alle teorie vaghe, indeterminate ed incomplete,
« una teoria razionale che si trovi in armonia col sistema generale
« da noi adottato, l'attingeremo dai principii della filosofia del diritto,
« e stabiliamo i seguenti principii: 1° Il diritto positivo risulta dal
« contemperamento dell'elemento morale e dell'elemento utile; 2° In
« qualunque società bene ordinata l'economia sociale dello Stato ri-
« sulta dal rapporto della legge fatta dalla pubblica autorità coi diritti

« individuali dei socii; 3° L'azione dello Stato trova un limite nella
« libertà innocua degli individui; 4° Se dalla posizione individuale
« dell'uomo nel seno di una qualunque società civile, ci eleviamo a
« considerare la posizione collettiva delle nazioni nella gran società
« che dicesi umanità, noi troviamo che la posizione di ciascuna na-
« zione è analoga a quella di ciascun individuo, perchè nella stessa
« guisa che l'individuo considerato nella società non perde la sua
« personalità e la sua individualità, non si confonde nella comunità
« come una goccia d'acqua nell'Oceano, così ciascuna nazione con-
« serva la sua personalità e la sua individualità nella gran società uni-
« versale, in modo che l'economia internazionale dev'essere l'armonia
« della legge internazionale, col diritto di ciascuna nazione, e l'azione
« di ciascuno Stato e la sua giurisdizione territoriale trova un limite
« nella libertà innocua degli altri Stati. Da ciò risulta un quarto prin-
« cipio che ciascuno Stato autonomo può esercitare i suoi diritti indi-
« pendentemente nella gran società universale, purchè non offenda
« l'interesse pubblico economico, morale e politico degli altri Stati.
« Ciò premesso, osserviamo che in qualunque legislazione, noi pos-
« siamo distinguere una doppia categoria di leggi, le une potrebbero
« dirsi comuni a tutti i tempi, a tutti i luoghi, a tutti i popoli; altre
« che dipendono dalle condizioni naturali di clima, di posizione geo-
« grafica, di consuetudini, di temperamento, di genio civile del popolo;
« e queste sono speciali per ciascuna nazione, e dipendono dal vario
« modo con cui l'elemento utile, che è variabile, si trova contempe-
« rato coll'elemento morale. Sotto questo rispetto noi possiamo accet-
« tare come vera la sentenza del Montesquieu il quale diceva che le
« leggi nel più ampio significato sono i rapporti necessarii che deri-
« vano dalla natura delle cose. Egli, investigando l'origine e la ragione
« delle leggi, esaminando le istituzioni civili e politiche in relazione
« alle diverse cause che le producono, comprese che le leggi non sono
« una emanazione arbitraria, ma una espressione dei rapporti essen-
« ziali che esistono tra gli uomini e le cose, e riconoscendo tra le
« diverse cause che le producono e le modificano il clima, il terri-
« torio, la religione, l'uso, le consuetudini, ecc. ecc., dette tanta im-
« portanza alle circostanze esteriori sull'organizzazione della società

« da mettere la società sotto il giogo della natura, lo che condusse
« alcuni pubblicisti a trattare la politica, ed ogni scienza sociale come
« un capitolo della fisiologia umana. Noi rigettiamo la teoria del Mon-
« tesquieu perchè il diritto per noi è assoluto ed eterno, ma non di
« meno nello sviluppo progressivo del principio eterno del diritto, noi
« troviamo molta verità nel sistema del Montesquieu. Infatti il diritto
« privato di ciascun popolo non è altro che lo sviluppo progressivo
« del principio eterno del diritto, secondo gli usi, i costumi, i bisogni,
« le tendenze, le consuetudini della gran parte dei cittadini, dimo-
« dochè le legislazioni private di ciascuna nazione portano l'impronta
« dell'uso individuale.

« Da ciò ne segue che le leggi private non possono essere appli-
« cate che ai nazionali solamente. Ad uno straniero residente in altro
« Stato non può applicarsi il diritto privato della nazione presso cui
« si trova, perchè in qualunque territorio l'individuo non perde la sua
« nazionalità, e non cessa di appartenere alla sua patria, e perciò le
« *leggi private debbono accompagnare l'individuo* come l'ombra il
« corpo *dovunque egli si trovi*, e poichè il diritto di dirigere il citta-
« dino nella sua vita privata appartiene esclusivamente *allo Stato di*
« *cui il cittadino è membro*, l'uso innocuo di questo diritto dev'essere
« riconosciuto nella gran società universale. Così, per esempio, il ter-
« mine della minorennità non può essere così precoce nei climi freddi
« come nei climi caldi, e se un cittadino nato nella Svezia si trovi
« accidentalmente in Italia, presso cui la minorennità cessa prima,
« non cesserà perciò di essere minore. Consegue da ciò che nei rap-
« porti di mero diritto privato la legittima ed inviolabile autonomia
« di ciascuno Stato è limitata dalla libertà innocua degli altri Stati
« come avviene del singolo individuo in qualunque società costituita.
« Il fondamento dunque dei rapporti di diritto internazionale privato
« non è la reciprocità, o il mutuo consenso, ma i principii razionali
« del diritto.

« Noi non possiamo discorrere del diritto pubblico di ciascuno
« Stato nella stessa guisa come abbiamo parlato del diritto privato.
« Il diritto pubblico infatti è ordinato alla conservazione dell'organismo
« sociale, e perciò tutte le persone e le cose le quali si trovano nel

« territorio nazionale devono osservare i principii di diritto pubblico
« di quello Stato. Da ciò ne segue in primo che gli stranieri sono obbli-
« gati, finchè dimorano presso estero Stato, ad osservare i principii
« di diritto pubblico di quello Stato, perchè non possono violare le
« leggi costitutive di quell'organismo sociale. Nella stessa guisa che il
« diritto individuale dei cittadini può essere limitato per l'interesse
« pubblico, così il diritto individuale degli Stati, può essere limitato, e
« il diritto di ciascuno Stato a regolare la vita privata dei suoi sudditi
« può esercitarsi all'estero finchè il suo uso è innocuo ossia finchè
« non contrasta coi principii di diritto pubblico di quello Stato. Da
« quanto abbiamo detto ne segue, che la condizione e la capacità
« delle persone in qualunque parte abbiano ad esercitare i loro diritti,
« la condizione civile delle famiglie; i diritti ed i doveri reciproci
« degli individui che compongono le famiglie, e gli effetti di questi
« diritti e doveri sulle proprietà che la famiglia od i membri indivi-
« duali di essa posseggono nelle varie parti del mondo; le obbliga-
« zioni nascenti dai contratti in relazione alle cose tutte e simili devono
« essere regolate dalla legge dello Stato, ed il cittadino nelle sue rela-
« zioni giuridiche internazionali può invocare giustamente in qualunque
« territorio l'applicazione di quella legge particolare dello Stato che
« governa lo stato suo e della sua famiglia, anche in relazione ai beni
« dovunque situati: ed ha ragione d'invocare dovunque l'applicazione
« della legge che informò in origine le convenzioni da lui stipulate,
« purchè però l'APPLICAZIONE *della legge nello Stato da cui essa non*
« *emana, non offenda l'interesse politico ed economico dello Stato*
« *medesimo; e non contraddica a quei principii che il legislatore*
« *ha consacrati come leggi d'ordine pubblico, morale e religioso* (1).

(1) Dobbiamo richiamare l'attenzione sul principio fondamentale posto da noi per determinare l'autorità della legge, e su quello sul quale fin da prima avevamo stabilita la limitazione della legge estera. Noi non avevamo detto che la legge estera non dovesse essere applicata quando essa fosse contraria ed opposta alla legge territoriale, o come disse poi il Mancini nella sua regola proposta all'Istituto di Diritto internazionale, quando la legge estera fosse in opposizione col Diritto pubblico e coll'ordine pubblico del territorio sommesso ad altre sovranità (vedi la critica fattane, vol. I, § 254). Noi avevamo detto invece, che non si dovesse riconoscere l'autorità

« Si comprende da ciò, come la teoria degli statuti è per sè stessa im-
« perfetta, perchè lo statuto personale accompagna il cittadino dovunque
« ma quella parte di statuto personale che viola l'ordine pubblico
« della nazione in cui entra lo straniero, si ferma alle frontiere. Così
« le mani morte siano pur capaci di acquistare e di possedere nello
« Stato che le ha create, subiscono l'incapacità nel territorio straniero,
« la cui legislazione non riconosce l'esistenza giuridica dei corpi mo-
« rali. Una convenzione apertamente usuraia, benchè dipendente da
« una legge che la permette, non avrà la sua applicazione in uno Stato
« la di cui legislazione condanna l'usura come immorale. Lo schiavo
« proveniente da paese straniero, eserciterà i suoi diritti di uomo
« libero in un paese che condanna la schiavitù, e perciò al principio
« che lo statuto personale accompagna lo straniero dovunque, noi pen-
« siamo doversi sostituire quest'altro. Le leggi civili di qualunque Stato
« devono applicarsi ovunque alle persone ed alle cose dipendenti
« sempre che non contraddicono il diritto pubblico dello Stato presso
« cui devono applicarsi ».

B

Estratto dalla predetta Opera di *Diritto Pubblico*.

CAPO NONO.

Della legislazione di ciascuno Stato in rapporto alle cose ed alle obbligazioni degli stranieri (1).

« Considerando poi lo stato della persona nei rapporti colle cose;
« noi dobbiamo ammettere conseguentemente che gli effetti sulle cose
« non possano valere nel territorio in cui le cose esistono, quando

della legge straniera quando l'*applicazione* di essa nello Stato, da cui essa non era stata emanata, offendeva l'interesse politico ed economico dello Stato medesimo. Non era quindi a nostro modo di vedere l'opposizione della legge: ma l'effetto giuridico, *che poteva derivarne dall'applicarla*, quello che poteva limitarne l'autorità ogniqualvolta che tale effetto giuridico poteva arrecare offesa all'interesse politico ed economico dello Stato, in cui se ne domandava l'applicazione.

(1) Pag. 135, verso la fine.

« l'effetto sarebbe in contraddizione con la legge del luogo in cui le « cose stesse si trovano. Noi possiamo distinguere le cose sotto doppio « rispetto: rispetto all'interesse personale e all'interesse territoriale. « Le relazioni della proprietà colla persona del proprietario, ed i diritti « ed i doveri dello stesso verso la cosa e verso la famiglia cui appartiene, « sono d'interesse privato personale. Ogni nazione definisce e governa « gl'interessi privati personali dei membri che le appartengono, e « non può essere interessata di applicare a famiglie straniere quello « che essa stabilisce per definire e reggere gl'interessi delle famiglie « proprie. Ma la proprietà considerata nel suo organismo, interessa « il territorio e l'ordine pubblico, e sotto questo rispetto qualunque « sia la persona del proprietario non può violare l'organismo territo- « riale della proprietà. Per ciò noi possiamo stabilire il principio gene- « rale che ogni cittadino può acquistare proprietà nei territorii delle « singole nazioni e può goderne pienamente secondo le leggi che « regolano i suoi interessi personali, purchè non leda l'interesse della « nazione presso cui esistono i beni. Per fare una applicazione dei « principii suesposti, esaminiamo il caso che si aprisse una successione « testamentaria o *ab-intestato* nell'università de' beni spettanti al « defunto, ed esistenti in territorii diversi, in tal caso come deve « regolarsi la successione, colla legge della nazione cui appartiene il « defunto, o con quella della nazione presso cui esistono i beni?

« Varie sono le opinioni dei pubblicisti sulla questione proposta: « alcuni sostengono doversi applicare la legge della nazione a cui « appartiene il defunto per il principio che la legge di successione « non fa che proteggere la volontà presunta del defunto, e sancire i « doveri che lo legano alle famiglia stessa, o verso la parentela; e « comunque una nazione interpreti i doveri ed i bisogni delle famiglie « non ha il diritto, nè l'interesse d'imporre la sua volontà a famiglie « straniere che posseggono beni nel suo territorio.

« Le famiglie che succedono, secondo la legge della loro na- « zione, non fanno altro che esercitare il diritto di proprietà, e « godere secondo le leggi del loro personale interesse, ed in ciò non « essendo per nulla offeso il diritto della nazione presso cui esistono « i beni, questa non può pretendere di regolare colla sua legge gli

« interessi di una famiglia straniera, sol perchè i beni da essa posseduti,
« esistono nel suo territorio. A questo argomento altri autori, tra i
« quali vi è il Mittermayer e l'Eichorn, aggiungono che l'universalità
« dei beni della persona defunta formano un tutto inseparabile, e rap-
« presentano in certa guisa la persona stessa del defunto, e come la
« persona del defunto in qualunque territorio era sottoposta alla legge
« della sua nazione, per i suoi interessi privati e per le sue relazioni
« con la famiglia, così all'eredità deve applicarsi la legge della nazione
« cui appartiene il defunto. Oltre a ciò quando la successione è *ab*
« *intestato* si poggia sulla presunta volontà del defunto di uniformarsi
« alle disposizioni della legge civile, e poichè non si può presumere
« che il defunto avesse voluto uniformarsi ad altra legge diversa da
« quella della nazione sua, questa certamente dovrebbe essere applicata
« per regolare la successione. Altri autori, tra i quali vi è il Rocco
« ed il Fœlix, avendo ammesso come principio, che le cose devono
« essere regolate colla legge del luogo in cui esistono, stabiliscono che
« per non violare la giurisdizione territoriale del sovrano, a ciascuna
« parte dell'eredità dovesse succedersi, secondo la legge del luogo
« in cui le cose stesse esistono, in modo che, secondo essi, comincie-
« rebbero tante successioni diverse secondo la diversità del luogo in
« cui esistono i beni. Il sig. De Chassat appoggiando questa opinione,
« dice che essendo scopo della sovranità di mantenere l'unità politica, e
« di disporre delle cose esistenti nel suo territorio, non deve prevalere
« nella successione *ab intestato* il principio del diritto romano dell'indi-
« visibilità dell'erede e della rappresentazione della persona del defunto.

« Noi per risolvere la quistione in conformità dei principii adot-
« tati, diciamo che essendo la legge di successione nell'interesse pri-
« vato della famiglia del defunto, deve essere riconosciuta dovunque,
« perchè nessuna nazione può pretendere di regolare gl'interessi delle
« famiglie straniere; ma se la legge di successione violasse l'interesse
« economico e pubblico della nazione presso cui esistono i beni, non
« dovrebbe essere eseguita perchè contraddirebbe l'organismo della
« proprietà. Come, per esempio, sarebbe, se una legge di successione
« ammettesse de' vincoli fidecommissarii, i quali non varrebbero in
« paese straniero, se questi vincoli fossero aboliti dalla legislazione ».

C

Estratto dal *Diritto Internazionale Privato*, pubblicato nel 1869 (Firenze, Le Monnier) (1).

CAPITOLO IV.

Dei preliminari.

PRINCIPII FONDAMENTALI SECONDO IL NOSTRO SISTEMA

« 23. Coesistenza armonica delle Nazioni. — 24. Diritto di sovranità degli «Stati. — 25. Le leggi fatte per un popolo non si possono applicare «a popoli diversi. — 26. Ciascun Sovrano può esercitare i diritti di «sovranità oltre i limiti del proprio territorio, purchè non offenda i «diritti degli altri. — 27. Nessuna autorità straniera può offendere i «principii di ordine pubblico e l'interesse economico, morale e politico «dello Stato. — 28. La magistratura solamente deve decidere quando «l'applicazione di una legge straniera offenda i principii di ordine «pubblico consacrati nella legislazione del proprio paese.

« Nello stabilire le regole generali colle quali si possono risol- « vere i conflitti di legislazioni, gli scrittori hanno adottato principii « diversi a base della loro teoria. Prima di esporre i loro sistemi e « farne la critica gioverà toccare dei principii che sono il fondamento « della nostra dottrina.

« **23.** *Gli Stati o le Nazioni devono coesistere armonicamente e « giuridicamente nella grande società che dicesi genere umano.* — « Quantunque gli Stati, che, secondo noi, dovrebbero essere le nazioni « politicamente costituite, siano autonomi ed indipendenti, non pos- « sono vivere isolati perchè nessuno è sufficiente a sè stesso. La legge « della divisione del lavoro è vera, sia che si applichi agl' individui,

---

(1) Il *Trattato di Diritto internazionale privato*, che fu pubblicato in Firenze nel 1869, contiene le Lezioni che io aveva dettate dalla cattedra di Pisa negli anni 1867-68, 68-69. Tali Lezioni erano nelle mani di tutti gli studenti, che frequentavano il mio Corso e che le compilavano per uso de loro esami.

« sia che si applichi ai popoli. Ciascuno di essi ha uno speciale cómpito
« secondo le diverse condizioni geografiche, etnografiche e morali che
« determinano la sua vocazione e la sua vita, e per provvedere al suo
« miglioramento civile è costretto ad entrare in relazione cogli altri.
« Il bisogno dell'associazione e la legge della divisione del lavoro
« legano fra loro i popoli e sono il fondamento del commercio inter-
« nazionale. Noi quindi consideriamo l'umanità come un organismo i
« cui elementi sono i popoli; e la sua vita come un esplicamento con-
« tinuo della legge di sociabilità ed un ravvicinamento di forze indivi-
« duali e collettive. Tutto ciò bene studiato prova la necessità della
« coesistenza armonica e giuridica delle nazioni.

« **24.** *Ciascuno Stato ha diritto di custodirsi e di conservarsi.* —
« Infatti ciascuna nazione può organarsi politicamente nel modo più
« conforme ai bisogni degli associati ed al grado di civiltà, e deter-
« minare le condizioni esteriori necessarie per conservarsi. La sovra-
« nità esercita perciò i suoi diritti e la sua giurisdizione in tutta la
« estensione del territorio, nei limiti e nella forma determinata dalla
« legge costituzionale del paese; assicura l'ordinato svolgimento delle
« libertà individuali e ne modera l'abuso; provvede all'interesse eco-
« nomico, amministrativo e militare; tutela i diritti di quelli che vivono
« nel territorio; garantisce la proprietà e ne conserva l'organismo.
« La sovranità ha perciò il diritto esclusivo di fare le leggi necessarie
« a custodire e conservare l'organismo politico e tutelare gl'interessi
« dei privati.

« **25.** *Le leggi di uno Stato non si possono applicare che ai*
« *sudditi pei quali principalmente sono fatte.* La legislazione di ogni
« Stato è infatti il complesso delle massime formulate e promulgate
« dalla sovranità per conservare e custodire l'organismo politico,
« e per servire di norma costante all'esercizio dei poteri sociali e delle
« libertà individuali. La sorgente vera ed essenziale di qualunque
« legislazione è nella giustizia immutabile e nei rapporti necessarii
« delle cose, però considerandola nella sua origine apparente e
« sensibile degli organi rappresentativi della sovranità, essa varia
« secondo i tempi e secondo i luoghi. La nazione è per noi un aggre-
« gato di genti che parlano la stessa lingua, che abitano la stessa

« contrada, che hanno le stesse inclinazioni e le stesse tendenze di
« affinità. Le stesse condizioni di razza, di clima, di posizione geogra-
« fica ed etnografica, di attitudini fisiche e morali, e di tutti gli ele-
« menti che costituiscono storicamente la vita di un popolo, non solo
« influiscono nella formazione di quell'organismo, ma esercitano altresì
« grandissima influenza nello svolgimento della vita intima di ciascuna
« nazione. È perciò che ciascuna legislazione positiva porta l'impronta
« degli usi, delle tradizioni, della civiltà del popolo, e poichè essa è
« basata sui rapporti naturali delle persone e delle cose, non si può
« giustamente applicare che a quelli che appartengono allo stesso corpo
« politico.

« Sotto questo rispetto il sistema di Montesquieu merita tutta
« la considerazione. Egli infatti diceva che le leggi, nel più ampio
« significato della parola, sono i rapporti necessari che derivano dalla
« natura delle cose, investigando l'origine e la ragione delle leggi, esa-
« minando le istituzioni civili e politiche in relazione alle diverse cause
« che le producono e le modificano, il Montesquieu comprese che le
« leggi non sono una emanazione arbitraria, ma una espressione dei
« rapporti essenziali che esistono fra gli uomini e le cose, e ricono-
« scendo fra le diverse cause che concorrono alla loro formazione il
« clima, il territorio, la religione, le consuetudini dètte tanta impor-
« tanza alle circostanze esteriori nell'organamento della società, da
« mettere la società sotto il giogo della natura. I suoi seguaci esage-
« rano anche di più la sua teoria, e considerano la politica e tutte le
« scienze sociali come tanti capitoli della fisiologia umana. Noi non
« accettiamo tale dottrina così esageratamente interpretata, ma non
« sapremmo spiegare lo sviluppo storico e progressivo del diritto senza
« la teoria del Montesquieu. Secondo noi le leggi di ciascuno Stato
« portano l'impronta degli usi, delle sue tradizioni, e non si possono
« applicare ai sudditi di un altro Stato.

« **26.** Ciascuna sovranità può esercitare i suoi diritti oltre i limiti
« del proprio territorio purchè non offenda i diritti degli altri sovrani.
« Nella stessa guisa che nella società civile l'esercizio della libertà
« individuale non può essere limitato che solamente quando offenda
« i diritti degli altri individui coi quali coesiste, o quelli generali della

« università in cui vive, così i diritti di ciascuna nazione, come potere
« sovrano, non possono essere limitati che nel caso in cui offendano i
« diritti delle altre sovranità. Per noi la posizione dell'individuo nella
« società è conforme a quella della nazione, nell'umanità. La società
« non è un meccanismo, ma un organismo. L'individuo non perde
« la sua personalità, come una goccia d'acqua scomparisce nell'Oceano,
« esso non è un mezzo, ma un membro vivente di vita propria, con
« diritti che gli provengono dalla stessa natura e colla libertà di agire,
« finchè non offenda il diritto altrui. Il potere del legislatore trova
« però un limite nello sviluppo innocuo della libertà dell'individuo, e
« la legge deve armonizzare i diritti individuali dei soci cogl'interessi
« generali dell'università. Da ciò risulta l'economia di uno Stato bene
« ordinato.

« Considerando nella stessa guisa i rapporti delle nazioni nella
« umanità, noi osserviamo che ciascuna di esse ha l'autonomia asso-
« luta e l'esclusiva giurisdizione nei limiti del proprio territorio, ma
« non deve impedire l'esercizio dei diritti delle altre quando non ne
« siano offesi i diritti e gl'interessi proprii. Come il potere del legisla-
« tore è limitato dal diritto di natura, così l'autonomia assoluta di
« ciascun sovrano all'interno è modificata dai principii del diritto
« internazionale primitivo, perchè gl'interessi di ciascuno Stato devono
« essere armonizzati con quelli generali dell'umanità. È vero che, in
« diritto stretto, le leggi di ciascun sovrano non hanno forza ed auto-
« rità che nell'estensione dei suoi dominii: *nullum statutum sive in*
« *rem sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituatur,*
« *sese extendit ultra statuentis territorium* (1); ma è vero altresì
« secondo i principii del diritto primitivo, che non deve essere im-
« pedita l'applicazione delle leggi anche oltre i limiti del territorio di
« ciascuno Stato, quando non segua alcuna offesa dei diritti e degli
« interessi del sovrano territoriale. Noi dunque concludiamo che nessun
« sovrano dovrebbe impedire l'esercizio innocuo dei diritti di sovra-
« nità degli altri.

---

(1) V. et *De Stat.*, § 4, c. 2, nº 7.

« **27.** *L'esercizio dei diritti di sovranità cessa dall'essere innocuo,* « *quando offenda i principii di ordine pubblico, e l'interesse econo-* « *mico, politico, morale, religioso di un altro Stato.* — In ogni legis- « lazione noi possiamo distinguere due parti: l'una che pone le basi « fondamentali dell'organismo politico, provvede alla sua conserva- « zione, e stabilisce i rapporti fra gl'individui e lo Stato; l'altra che « determina i diritti e i doveri delle persone nei loro mutui rapporti. « La prima forma il diritto pubblico dello Stato, la seconda il diritto « privato. Queste due parti sono intimamente connesse ed insepara- « bili, ma ben distinte. La prima comprende quella parte preliminare « di legislazione che dicesi legge fondamentale o costituzione, e tutte « quelle disposizioni ordinate a tutelare la personalità morale dello « Stato *uti universitas;* la seconda tutela i diritti degli individui *uti* « *singuli* nei loro reciproci rapporti.

« La conservazione del diritto pubblico è del massimo interesse. « Esso è il deposito degli atti più solenni dell'esistenza politica di « ciascun popolo, e rivela i suoi costumi, le sue tradizioni, l'impronta « della sua vita politica e sociale. Nessun sovrano straniero può atten- « tare menomamente ai principii di diritto pubblico di uno Stato, « perchè l'esercizio dei diritti di sovranità in questo caso diventerebbe « veramente nocivo agli interessi generali di esso Stato. Perciò tutte « le persone, sieno esse sudditi, o naturalizzati o stranieri, tutte le « cose esistenti nel territorio, chiunque sia il proprietario cui esse « appartengono, e tutte le nazioni di qualunque natura, e in virtù di « qualunque diritto si facciano, sono soggetti ai principii ordinati a « conservare l'ordine pubblico e l'interesse economico, politico, mo- « rale, religioso, stabilito a base di quella particolare associazione.

« **28.** *La sola magistratura nei casi controversi è competente a* « *giudicare se una legge straniera debba reputarsi contraria ai* « *principii di ordine pubblico del proprio Stato.* — Il volere enu- « merare specificatamente tutte le disposizioni di una legislazione che « appartengono al diritto pubblico e quelle che appartengono al diritto « privato riesce pressochè impossibile nella pratica. Questa è la que- « stione di tutta la scienza, e non può svolgersi che successivamente. « Da ciò però non si può conchiudere che questa grande ed importante

« partizione del diritto non abbia un fondamento scientifico ed una « grande importanza pratica.

« Le leggi hanno per iscopo di regolare e governare tutti gli « interessi e le relazioni sociali, e poichè gl'interessi e le relazioni « sociali, sono di diverse specie e di diversi ordini, vi devono essere « più ordini e più specie di leggi. La distinzione fra le leggi ordinate « a conservare l'organismo politico e classificare i pubblici poteri, *quod « ad statum reipublicae spectat*, e quelle ordinate a tutelare gl'inte- « ressi dei privati cittadini nei loro mutui rapporti, *quod ad singu- « lorum utilitatem pertinet* (1), non è una differenza di parole, ma « una distinzione essenziale e fondamentale riconosciuta dai giurispe- « riti di tutte le nazioni.

« È vero che delle parole diritto pubblico e diritto privato, in- « teresse pubblico e interesse privato, spesse volte si è fatto abuso, « adoprandole in senso molto indeterminato; ma da ciò non si ha « diritto di conchiudere che quelle espressioni non abbiano un signifi- « cato tecnico e speciale. Noi pensiamo che al diritto pubblico appar- « tengono non solo tutte le leggi costituzionali, ma tutte le disposizioni « contenute nelle altri parti della legislazione che sono d'interesse « generale e ordinate alla conservazione dello Stato. Delle quali dispo- « sizioni alcune provvedono a custodire i buoni costumi, la pubblica « moralità, gl'interessi economici della società e il regime territoriale « della proprietà, altre sono dettate da motivi di umanità, altre tutelano « gl'interessi morali e religiosi.

« L'enumerare tutte le disposizioni che appartengono al diritto « pubblico, nel senso da noi attribuito a questa parola, sarebbe impos- « sibile: sì perchè i principii di diritto pubblico sono diversi, secondo « sono diversi i principii politici, economici, morali, religiosi che for- « mano la base dell'organismo dei diversi Stati; sì perchè lo stabilire « criterii generali per distinguere in ciascuna legislazione le disposi- « zioni di ordine pubblico e di ordine privato, come si è tentato fare « dividendo, per esempio, le leggi in proibitive ed imperative, è opera « frustranea e insufficiente. Noi pensiamo che questo sia il campo più

(1) *Instit.*, lib. I, tit. I, § 4.

« vasto e spesso più difficile in cui si rivela lo spirito indagatore dei
« giureconsulti e dei magistrati. A noi basti il notare che, ammesso il
« fondamento della distinzione, la precipua differenza rispetto ai risul-
« tamenti consiste in ciò che niuna rinunzia o deroga può farsi al di-
« ritto pubblico, mentre i particolari possono derogare al puro diritto
« privato. Il sovrano che deve conservare l'organismo politico dello
« Stato, e tutelare gl'interessi generali della società non può permet-
« tere che si applichi nel territorio, su cui egli impera, una legge stra-
« niera, quando essa offenda una disposizione di diritto pubblico. Nel
« fatto poi, quando vi sia dubbio, se una disposizione che sembra ap-
« partenere al diritto privato interessi l'ordine generale della società,
« spetta alla magistratura di ciascuno Stato di mettere in opera il suo
« spirito indagatore per risolvere il dubbio ».

FINE DEL SECONDO VOLUME.

INDICE